

# 適法捜査の限界

## ——法益侵害と自己決定に関する覚書——

大久保 隆 志

- 第1 はじめに
  - 1 問題の所在
  - 2 本稿の課題と方向性
- 第2 法益侵害と自己決定の関係
  - 1 自己決定型と法益侵害型の区別
  - 2 法益侵害と捜査違法との関係
- 第3 法益侵害型の捜査
  - 1 被侵害利益
  - 2 法益侵害以外の違法要素
- 第4 自己決定型の捜査
  - 1 自己決定の位置付け
  - 2 自己決定の前提
  - 3 自己決定の内容
- 第5 おわりに

### 第1 はじめに

#### 1 問題の所在

従来の取調べ中心型精密司法の行き詰まりと閉塞感の中で、刑事司法に対する希望の象徴として裁判員制度が導入され、刑事司法は21世紀型司法として新時代を迎えると言われてきた<sup>1)</sup>。裁判員裁判の導入に伴う刑事裁判の劇的变化に影響され、捜査方法についても徐々に変化の兆しが見えつつあるの

も事実である<sup>(2)</sup>。しかしながら、その変化は、従来型捜査の岩盤を掘崩すにはほど遠く、今なお捜査の閉塞感を打破するには至っていない。新たな捜査方法を巡る議論はなされているものの、ようやく将来展望を模索しつつあるというのが現状であるように思われる<sup>(3)</sup>。

ところで、新しい捜査が、司法取引ないし協議・合意制度、刑事免責、通信・会話傍受の拡大、おとり捜査、秘密捜査員の導入などであるとするなら<sup>(4)</sup>、それらの捜査は、大きく分けて2つの類型に分かれるように思われる<sup>(5)</sup>。す

- 
- (1) 酒巻匡「21世紀の刑事裁判—裁判員制度運用上の課題と展望—」司法研修所論集115号(2006年)99頁以下、松尾浩也「裁判員裁判と国民参加—裁判員法導入の必然性について—」法曹時報60巻9号(2008年)1頁以下参照。
  - (2) 松本裕「取調べに過度に依存した捜査・公判の改革」刑法雑誌52巻3号(2013年)16頁、特に20頁以下、特集座談会「裁判員制度3年の軌跡と展望」論究ジュリスト2号(2012年)6頁〔菊池浩発言〕など。なお、検察の基本的方向性につき、最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針(平成21年2月)」法律のひろば編集部編『裁判員裁判の実務』(2009年)61頁。
  - (3) 植村立郎「新時代の捜査・公判の在り方」刑法雑誌52巻3号(2013年)37頁、田口守一「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト1429号(2011年)68頁参照。
  - (4) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」(平成25年1月)11頁以下参照(<http://www.moj.go.jp/content/000106628.pdf>)。さらに、国家公安委員会に設けられた「捜査方法、取調べの高度化を図るための研究会」の最終報告(平成24年2月)参照(<http://www.npa.go.jp/shintyaku/keiki/saisyuu.pdf>)。なお、後者では、被疑者・被告人の虚偽供述の処罰化、黙秘に対する推認、刑罰法令の見直しなども議論されている。議論の出発点として、司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」(2001年6月12日)中の「新たな時代における捜査・公判の在り方」ジュリスト1208号(2001年)207頁参照。
  - (5) なお、DNA型データベースの拡充など、捜査情報の保管・管理とその利用に関する検討もなされているが、この点は本稿の対象としない。DNA型データベースにつき、山本龍彦「米国におけるDNAデータベース法制と憲法問題」警察学論集58巻3号(2005年)93頁以下、同「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻8号(2010年)111頁以下、松下徹「警察における捜査手法の高度化—DNA型鑑定及びDNA型データベースを中心に—」刑事法ジャーナル29号(2011年)18頁以下参照。

なわち、司法取引や刑事免責のように、広い意味での「自己決定」にかかわる領域と、会話傍受やおとり捜査、秘密捜査員の投入のように、広い意味での「法益侵害」にかかわる領域であり、ひいては「適正手続」にかかわる領域である。前者の問題は、尿の任意提出や取調べなど従来の捜査においても問題となっていたものであり、後者の問題は、そもそも任意捜査の限界として議論されてきた問題でもある。そうだとすれば、裁判員時代における新たな捜査方法をめぐる問題の本質は、結局のところ、広い意味における「自己決定」の問題と、「法益侵害」及び「適正手続」の問題について、どのような態度を採るかにかかっているように思われるし、少なくとも、これらについて何らかの態度決定を行わない限り、問題解決のための十分な方向性を見出すことは困難であるように思われる。そして、これらの諸問題は、いずれも従来から刑事手続における重要な課題として議論されてきたものであるが、必ずしも解決されたとは言えない状況にあったところ、近時における時代と環境の著しい変化に翻弄されながらも、決して消え去ることなく、再び装いを新たに将来の課題として浮かび上がってきたように思われる。

これらの課題を十分に検討することなく、個別問題の表面的な対症療法によつては、到底本質的な問題解決に至ると思われぬ。もとより、新たな捜査には、いずれもそれぞれの捜査に固有の特徴があり、それぞれに検討すべき固有の問題があることは当然であって、むしろそれら固有の課題こそが本来の検討対象として想定されることであろう。しかしながら、それらに共通の、しかし予め検討しておかなければならない基本的な問題があることもまた事実であるように思われる。したがって、新たな捜査方法の適法性の限界を考えるためには、それらに特有の問題について別途検討を要することは当然としても、それらに共通する問題として、従来から検討されてきた「自己決定」、「法益侵害」及び「適正手続」の問題について、改めてその本質を考察しておくことが必要ではないかと考える次第である。

そこで、問題の対象と概要について、一応の方向を示しておきたい。

第1に、「自己決定」の問題は、正しい情報提供がその前提となるから、捜査情報の管理とその利用という捜査側の視点と、情報開示を受けて自己決定する被疑者側の視点との双方から検討する必要がある。すなわち、捜査情報の管理、捜査の秘密、情報利用の適正化の問題であると同時に、捜査段階における証拠開示の問題でもある。後者は、被疑者の権利ないし地位に密接にかかわる問題であるから、ひいては捜査構造論にかかわる問題でもあることを確認しておきたい。

第2に、「法益侵害」の問題は、最終的には、捜査の違法性の本質は何かにかかわる問題である。捜査規制の主眼が不当な人権侵害の防止にあるとするならば、法益侵害は通常の場合には人権侵害であるから、捜査違法として規制されるべきではあろうが、侵害される人権の内容に応じて法益侵害の性質や程度も異なり、したがって捜査違法の性質や程度も異なるように思われる。この点は、従来から、捜査利益との比較衡量によって判断されると言われてきたが、性質上、定量的な比較衡量に相応しくない利益をも考慮すべき余地があり得るのではないかとの疑問も払拭し得ない。その意味において、被侵害利益の判断方法をどうするかについても、改めて再検討する必要があるように思われる。

第3に、「適正手続」の問題については、法益侵害との関係を明確にする必要がある。仮に法益侵害のない適正手続違反があるとすれば、それはどのような違法か。そもそも手続的違法の本質とは何かを明らかにする必要がある。手続的違法は、手続を定めたルール違反であるが、そもそもそのルールは、広い意味での人権（捜査対象となる人の利益）を保護するための規制であるから、適正手続に反するということは、本質的に人の利益を侵害するのではないか。そうだとすれば、利益侵害のない適正手続違反がそもそもあり得るのであろうか。あるとすれば、その場合の捜査違法の実質は、いったい何なのであろうか。この点について、改めて検討する必要があるように思われる。

## 2 本稿の課題と方向性

以上のとおり、新たな捜査方法に固有の問題を措くとすれば、これらの捜査方法に共通してその根底にあるのは、結局のところ、捜査の本質とは何かという点に深くかかわる問題であると言って良いであろう。その中で、解明すべき重要な問題は、①捜査違法の本質という問題と、②捜査における自己決定の本質という問題とであるように思われる。もっとも、この両者は、必ずしも別個の独立した異次元の問題というわけではなく、両者が錯綜する場面も少なくないし、更に言えば、両者はその観点の違いによって分かれているにすぎないと理解することもできないわけではない。そこで、両者の関係を含めて、改めて全体像を検討し、その上で、それぞれの問題を検討することとしたいが、当面、主として任意捜査をめぐってこの両者の取扱いがどうなっているかを確認した上で、両者の関係を考えてみたいと思う。

任意捜査の限界は、一般には、法益侵害又は侵害のおそれを核心とする利益衡量によって判断すべきものと理解されている<sup>(6)</sup>。その意味において、捜査違法の本質はあくまで法益侵害と理解されているように思われる<sup>(7)</sup>。しかしながら、捜査違法の本質が、常に法益侵害及び侵害のおそれに収斂することができるか、取り分け、自己決定が問題となる場合にも、そのような取扱いをすることができるかどうか、必ずしも明らかではないように思われる<sup>(8)</sup>。

---

(6) 川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻』(2006年)32頁、大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(2012年)5頁、酒巻匡「刑事訴訟法を学ぶ〔第3回〕捜査手続(2)総説(統)・捜査の端緒」法学教室357号(2010年)72頁、同「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1～6号(2008年)95頁、上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』(2012年)66頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(2012年)36頁など。さらに、米国における「合理性モデル」を参照して比較衡量を検討するものとして、堀田周吾「任意捜査の相当性判断に関する一考察」法学会雑誌47巻1号(2006年)21頁。

そもそも、任意捜査の限界を法益の比較衡量として一元的に理解することが、果たして可能なのか、少なくとも、自己決定が問題となる場合には、これとは別の基準によって判断をする余地があるのではないかとの疑問も払拭し難い。特に、取調べをめぐっては、従来から、利益衡量アプローチだけでは不十分であるとの指摘がなされている<sup>(9)</sup>。この指摘については批判もあるが<sup>(10)</sup>、任意捜査としての取調べの限界が、供述の任意性の問題であるとするならば、それは、結局のところ、自己決定をめぐらる問題ではないかとも思われるところであり、そうだとすれば、少なくともこの場面においては利益衡量アプローチだけでは不十分であるとの指摘には、大いに傾聴すべき点があるように思われる。

そこで、本稿では、第1に、利益侵害型の捜査について、利益衡量アプローチがそもそも純然たる利益衡量で足りるのかどうか、被侵害利益以外の要素、例えば、潜脱意図のような捜査機関の主観的事実を判断要素として考慮すべき余地があるのかどうかについて検討しようと思う。仮にそのような要素を考慮できるとすれば、利益衡量の在り方は格段複雑化し、単純な比較衡量は困難になるのではないかという疑問が生じるからである。

(7) これに対し、任意捜査の限界として「手続の公正さ」も指摘され（光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（2007年）31頁）、また、相当性判断として「国家の行為として公正・適正」も指摘されており（田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』（2012年）47頁）、さらに「適正手続きの趣旨にてらして、処分の適否を個別的に考察していかざるをえない」とも言われている（田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（1996年）65頁）。

(8) この点に疑問を呈するものとして、例えば、佐藤隆之「被疑者の取調べ」法学教室263号（2002年）140頁など。

(9) 酒巻匡「任意取調べの限界について—二つの最高裁判例を素材として—」神戸法学年報7号（1991年）291頁。

(10) 佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界（一）」法学68巻4号（2004年）10頁、大澤裕・川上拓一「任意同行後の宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力」法学教室312号（2006年）82頁〔川上発言〕、堀江慎司「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）17頁など。

第2に、たとえこの点について純然たる利益衡量アプローチだけで足りるとしても、利益侵害型以外の捜査では、単純な利益衡量だけでは不十分であって、別の基準を検討すべきではないかについて検討しようと思う。特に、自己決定を核心とする任意捜査における限界は、利益衡量アプローチ以外の判断アプローチを採るべきではないかとの疑問があるからである。

第3に、以上の検討を踏まえ、捜査違法の本質をめぐって、法益侵害と自己決定との関係をどう考えるべきかについて、改めてその方向性を検討しようと思う。この点については、まず、両者が重複するとすればどの部分がどの程度重複するのか、あるいは厳格に住み分けるべきものなのか、という点について検討した上で、任意捜査の限界について、一元的基準ではなく二元的基準によって判断する余地があり得るのではないかという疑問を踏まえて、その方向性を探ってみたいと考えている。

任意捜査の限界については、これまで多くの検討がなされてきたし、その結果、判例も学説も、多くは利益衡量アプローチの方向で収斂しているように見えるが<sup>(11)</sup>、果たしてそれで良いのかという疑問を今なお払拭することができない。そこで、率直に疑問を提示した上で、この機会に若干の検討を試みようと考えた次第である。そして、そのことを通じて、新たな捜査方法について何らかの「基盤」を確認することができるとすれば望外の幸いである。

そこでまず、捜査の適法性を検討する前提として、被疑者の自己決定に働き掛ける捜査と、これに働き掛けない捜査とを区別して、それぞれの捜査について適法と評価する指標を検討した上で、そのような区別に意味があること、したがって、それぞれの類型として考察する価値があることを確認しておきたい。

---

(11) もっとも、仔細に検討すると、必ずしも収斂しているわけではないと言ふべきかもしれない。田口守一・前掲注(7)48頁、光藤景皎・前掲注(7)31頁参照。

## 第2 法益侵害と自己決定の関係

### 1 自己決定型と法益侵害型の区別

#### （1）被疑者の自己決定に働き掛ける場合

まず、捜査が被疑者に働き掛ける活動である場合、より厳密に言うと、相手方に働き掛けて相手側の主体的対応を介して証拠を獲得する場合には、違法の問題は相手方の正しい自己決定があったと言えるか否かの問題に収斂されるように思われる（仮に、「自己決定型」としておこう）。そこに何らかの利益侵害あったとしても、適法に放棄可能な利益であれば、正しい自己決定を通じて放棄したと評価できる限り（そして、それが適正と評価し得る限り）、法益侵害は存在しないと言って良く、その意味で捜査違法の問題は生じないからである。もっとも、例えば、承諾搜索のように、搜索を受ける者の真摯かつ任意の承諾があった場合にも、果たして被侵害利益がなくなるのかどうか、必ずしも明確とは言えない。すなわち、いかに承諾があったとしても、プライバシーそれ自体が直ちに消滅するわけではなく、ただその侵害を被侵害者が容認する、あるいはこれに対して抗議しないというだけにすぎない（一種の責問権放棄<sup>(12)</sup>）と考えることもできるからである<sup>(13)</sup>。仮に、このように考えるのであれば、自己決定型の場合にも法益侵害はあると評価することが可能かもしれない。しかし、仮に自己決定型に何らかの法益侵害があるとしても、自らの自己決定によって、そのように評価された法益侵害に対する一種の責問権を放棄したのであるから、もはや法益侵害を理由に違法を主張することは許されないというべきであろう。

このように考えれば、権利侵害はそもそも存在しないと構成するか、権利侵害は存在するが主張できないと構成するかは、いずれも可能であるように思われるが、ここで重要なことは、法益侵害それ自体が問題となるわけでは

ないということである。

いずれにせよ、被疑者の自己決定に働き掛ける場合には、自己決定それ自体の問題を正面から論ずれば足りるのであって、法益侵害それ自体を直接に論じる必要はないと考えられる。

## （2）被疑者の自己決定に働き掛けない場合

他方、捜査が被疑者に働き掛ける活動以外の活動である場合、より厳密に言うと、相手方の意向ないし反応にかかわらず又は相手方の意向ないし反応を無視して証拠を奪い取る場合には、被疑者の自己決定は関わりがない。その場合には、法益侵害（場合によっては適正手続違反）を直接に論じる必要がある（仮に、純然たる「法益侵害型」としておこう。）。この場合でも、例えば、潜在的な意思に反する場合のように、同時に自己決定も害されているように見えることもある。そうすると、自己決定の侵害を含めて法益侵害があったと考えることも可能かもしれない。

しかしながら、仮に自己決定が害されていたとしても、この場合には、そもそも自己決定に関わりなく証拠を奪い取ることができるのであるから、自己決定の侵害それ自体は、捜査の違法に対して有意の影響を及ぼさないと考

- (12) 民事訴訟における責問権は、「訴訟手続に関する規定の違反を知り、又は知ることができた場合」において、「異議」を述べて無効を主張する権能である（民訴法90条参照）。刑事訴訟においても、権利防護のための機会を与えられながら異議を述べなかった場合には、瑕疵が治癒されたとされるが（東京高判昭26・3・13高刑集4巻6号5659頁、最判昭29・9・24刑集8巻9号1534頁など）、このような場合、責問権の放棄と言われる（田宮裕・前掲注（7）250頁、田口守一・前掲注（7）200頁、福井厚『刑事訴訟法講義〔第5版〕』（2012年）274頁、光藤景峻『刑事訴訟法Ⅱ』（2013年）18頁など）。したがって、厳密に言うと、権利侵害に対してこれを容認することとは異なるが、異議申立権の喪失と類似の構造を有するので、一種の比喩として用いることとする。
- (13) 宇藤崇ほか・前掲注（6）41頁及び45頁、さらに、松田岳士『刑事手続の基本問題』（2010年）234頁注16参照。

えられる。すなわち、自己決定に反しないとしてもその適法性を弱めることにならないし、逆に自己決定に反していたとしてもその違法性を強めることにならない。例えば、捜索差押許可状に基づく捜索を考えると、捜索を受ける者が事実上自ら捜査機関に協力して差押え対象物を捜して任意に差し出したとしても、逆に、反抗的に非協力的態度を採ったとしても、捜索差押えがなされたと評価される以上、これに伴う権利・利益の侵害の有無・程度に影響があるわけではない。すなわち、相手方が協力的であれ非協力的であれ、これによって侵害されるプライバシー侵害の性質に変化が生じるわけではないから、重大な権利・利益の侵害が発生したという限りにおいて、相手方の協力の有無は影響がない。もっとも、任意捜査においては、仮に相手方が協力的であれば、そもそも法益侵害もないのではないかとの疑問もある。しかし、相手方の協力の有無にかかわらず、例えば、証拠の占有が移転することは間違いないのであるから、客観的には法益が侵害されている。これに対して異議を申し立てないために、あたかも法益侵害がないように見えるにすぎない。そうだとすれば、この場合に相手方の意に反するか否かは、被侵害利益の性質に全く影響がないように思われる。

いずれにせよ、被疑者の自己決定に働き掛けない場合には、純然たる法益侵害それ自体を直接に論じれば足りると考えられるのである<sup>(14)</sup>。

### (3) 小括

一応、以上のように考えることができるので、本稿では、当面、自己決定型と法益侵害型とに分けて検討しようと思うが、その前に、自己決定と法益侵害との関係を踏まえ、法益侵害と捜査違法との関係について、もう少し踏

---

(14) この点で、松田岳士・前掲注(13)234頁注16参照(「捜査目的の実現に対する協力に應ずるか否か」の「意思」の問題と、それに伴って制約・侵害される「権利・利益の侵害」の問題とを区別しないため、「若干の混乱」が生じていると指摘されている。)

み込んで検討を加え、基本的な考え方を確認しておきたい。

## 2 法益侵害と捜査違法との関係

### (1) 法益侵害への収斂

自己決定についても、それ自体を権利ないし利益と構成することは可能かもしれない。仮にそうだとすれば、それが害された場合には、広い意味で何らかの法益侵害が想定可能であるようにも思われる。そうすると、自己決定を含む広義の法益侵害を捜査違法と評価すれば足りるようにも見える<sup>(15)</sup>。広い意味での法益侵害は、自己決定という法益の侵害とそれ以外の法益侵害とによって構成されているとすれば、捜査違法の本質は、結局のところ、何らかの法益侵害に収斂されるようにも思われる。

しかしながら、捜査違法を導き得る要素を、果たして法益侵害のみに収斂させることが、そもそも可能なのであろうか。法益侵害に加えて、捜査態様の反規範性あるいは捜査機関の悪意のような主観的事情は、捜査違法に全く影響を及ぼすことはないのであろうか。仮に、このような主観的要素のみが独立した違法要素であるとは言にくいとしても、何らかの違法加重要素となり得るのではないかとの疑問も残る。例えば、違法収集証拠排除法則における違法の重大性を検討する場合には、一般的には、捜査機関側の潜脱意図という主観的要素も、少なくとも違法を重くする重要な要素として考慮されている<sup>(16)</sup>。もっとも、既に別の要素によって違法とされた後に、単に違法を加重する要素にすぎないとみる余地もあるので、そのみで直ちに独立して違法を基礎付ける要素とまでは言い難いのかもかもしれない。しかし、少なくとも考慮すべき事情の一つとして、検討対象としては残しておく必要はあるの

---

(15) 例えば、酒巻匡ほか『演習刑事訴訟法』（2005年）66頁〔大澤裕〕。さらに、芝原邦爾「判批」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕（1986年）17頁参照。

ではあるまいか。

また、取調べの限界についても、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度」において許される<sup>(17)</sup>とされており、この限度を超えた場合には、任意捜査ではあるが違法と評価されている。ここでは、「社会通念上相当」という表現が用いられているから、捜査態様の反規範性についても、少なくとも違法評価の要素の一つとして考慮される余地があり得るようにも思われる<sup>(18)</sup>。

さらに、仮に、捜査違法の判断が、法益侵害のみに収斂できるとすれば、被侵害利益と捜査利益との比較衡量によって捜査の適法性判断が可能になるのであろうが、果たして全ての要素を定量的利益に還元できるか否か、疑問がないわけではない。また、仮にこの点は措くとしても、被侵害利益を超えた反規範性をも考慮するとすれば、そのような利益は、いわば定性的利益であるから、捜査利益との比較衡量は困難ということになりかねない。反規範性の大小について、仮に法益侵害を超えたものだとすれば、その有無については判断可能であったとしても、その程度については衡量すべき余地がないとも考えられる。

- 
- (16) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（1985年）404頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（1988年）206頁、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集（下）』（1998年）531頁、三好幹夫「違法排除法則一裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』（2002年）348頁、石井一正『刑事実務証拠法』（第5版）（2011年）151頁など。重大性を否定した際に、令状主義潜脱の意図がなかったことを事情として掲げたものとして、最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁、最決昭63・9・16刑集42巻7号1051頁、最決平21・9・28刑集63巻7号868頁など。なお、最判平15・2・14刑集57巻2号121頁は、「警察官の態度」を重大性を肯定する事情として掲げている。
- (17) 最決昭59・2・29刑集38巻3号479頁。なお、木下・大橋両裁判官の意見参照（「手段・方法が著しく不当で、許容限度を超える違法なもの」とされる。）。

さらに言えば、捜査利益との比較衡量にしても、そもそも性質の異なる両者を対等に比較衡量できるのかどうか、必ずしも疑問が払拭されたわけではない。およそ必要もないのに捜査を行うことは通常はあり得ないから、捜査利益ないし捜査の必要性は概ね認められるであろう。そうなると、適法違法の判断は、結局のところ、比較対象となる被侵害利益の大きさによって定まることになるのではないかとも思われる。仮に、捜査利益の大小があるとすれば、事件の重大性に応じて捜査資源を加重配分するという政策的理由に基づく大小が想定できるが、それは要するに政策的な大小であって、必ずしも定量的衡量に馴染むとは言えないのではないかとの疑問が残る<sup>19)</sup>。

- 
- (18) 前掲最決昭51・3・16にいう「社会通念上相当」につき、立ち去りによって捜査に支障を来す急迫した事情があり、「説得を続けようとしたのも無理からぬ経過があった」という具体的事情のもとで、「社会通念上不相当とはいえないものであった」と評価されている(最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度77頁〔香城敏磨〕参照)。その後、公道上で容ぼう等のビデオ撮影につき、「捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われた」から適法としたが(最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁)、この判例につき、「総合的な相当性の判断による」ものであって、その趣旨に照らすと、「方法の相当性」としては、同判例に明示された要素のみならず、「撮影の場所・時刻・時間、撮影器具の種類(写真がビデオか、望遠レンズの程度、赤外線使用等)、被撮影者の範囲等、被撮影者への告知の有無等、あらゆるものが考慮要素となってくる」であろうと言われている(最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度310～311頁〔鹿野伸二〕)。そして、このような要素は、必ずしも全て被侵害利益に還元することができるものとは言えないように思われる。これに対し、酒巻匡「刑事手続法を学ぶ〔第9回〕捜査手続(8)その他の捜査手段」法学教室366号(2011年)31頁は、「相当な方法」という指標に独自の意味があるかどうか疑わしいとする。ただし、同・前掲注(6)法学論叢162巻1～6号106頁は、「相当性」を「予防的準則」ないし「行動規範」として用いる余地を留保している。
- (19) 前掲最決昭51・3・16の原審名古屋高判昭49・12・19刑裁月報6巻12号1225頁は、「通常の方法によつては所期の説得の効果があげえない状況が存し、かつ、捜査上緊急の必要性が認められる」ため、「やむなく軽度の実力を用いた」としても任意捜査の限界を超えない場合があるとするから、一定の客観的上限が想定されているようにも思われるが、その限界は不明である。

このような疑問を、果たして解消することができるのであろうか。また、解消できるとすれば、どのようにして解消できるのであろうか。

## （2）利益衡量の具体的方法

この点、そのような疑問が生じるのは、現行制度の「制度的限界」であって、利益衡量のような司法による個別判断では、かえって被侵害利益が拡大するだけであるという根本的な批判もなされている<sup>(20)</sup>。確かに、司法制度を用いた権利保護に限界があることは否めないが、さりとて、これを立法府に委ねて救済を図ることも、必ずしも現実的とは言えないように思われる。少なくとも、挙げて立法に委ねることが相当とは思われぬし、個別具体的事案の解決を通じてきめ細かな救済を図り、事案に応じた柔軟で適切な解決を図るためにも、司法による判断基準の確立は、避けて通ることができないように思われる。仮にそうだとすれば、利益衡量という相対的判断を透明化し、汎用性のある基準として、裁判官が安定的に利用できるような明快な基準を提示することが不可欠であろう<sup>(21)</sup>。

しかし、従来、そのような判断基準は提示されてこなかった<sup>(22)</sup>。そのため、裁判官としては、個別利益の羅列の上に、総合判断と称する経過を経て、一足飛びに結論に至るといった状態とならざるを得なかったように思われる。例えば、ある裁判例は、9泊10日の宿泊を伴う取調べにつき、被侵害利益とし

---

(20) 稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護（一）」法学論叢169巻1号（2011年）6頁、24～29頁。

(21) 任意捜査の限界につき、「類型ごとに許容性の限界を明らかにしていくということは、決して不可能なことではない」と言われている（井上正仁『強制捜査と任意捜査』（2006年）22頁）。もっとも、「事前判断も可能となる」のは「判例の蓄積により」と言われる（州見光男「任意捜査と権利制約の限界」刑法雑誌39巻2号（2000年）48頁）。

(22) 緑大輔『刑事訴訟法入門』（2012年）62頁（それ故、場合によっては「一律に適用される基準も併用することが必要」と指摘する。）。

て、①「連続して9泊の宿泊を余儀なくされた上、10日間にもわたり警察官から嚴重に監視され」「事実上の身柄の拘束に近い状態にあったこと」、②そのため「心身に多大の苦痛を受けたこと」、③上申書につき「これ以上何もできないと思ったなどと供述していること」、④3日目以降の宿泊は「自ら望んだものではないこと」、⑤宿泊先につき、被告人の申出の「真摯な検討を怠り」、警察側が「宿泊先を指示した事情があること」、⑥仮に自殺のおそれがあったとしても、そこまで「制約する必要性があるかは疑問であること」を挙げるとともに、他方、捜査側の利益として、⑦「殺人という重大事件」で「聴取の必要性」が「極めて強」いこと、⑧通訳を介したため時間を要したこと、⑨自宅に帰れない事情があったことを掲げた上で、⑦～⑨を「考慮したとしても、(略)任意捜査として許される限界を超えた違法なものである」と判示している<sup>(23)</sup>。ここでは、被侵害利益の中心的要素は①であって(そのことは、引き続き証拠能力判断において、「上記のような事実上の身柄拘束に近い状態で違法な任意取調べを受けており」と総括していることから明らかであろう。)、他の要素は、付随的の事情として考慮されているにすぎない上、⑦～⑨は、いかに必要があっても、またやむを得ない事情があったとしても、①を覆すに至らないというのであるから、形式的には衡量の形式を取りながら、実質的には当初から決まっていた結論のもっともらしい説明にすぎないようにも思われる。少なくとも、比較衡量されるべき①～⑨の各要素がどのように衡量されたのか、なぜ捜査利益より被侵害利益の方が大きくなるのか、その判断経緯は不明である。このような場合、そもそも捜査利益が定量的な衡量に馴染むかということさえ疑わしいようにも思われる。

### (3) 利益衡量の可能性

---

(23) 東京高判平14・9・4判時1808号144頁。なお、第一審千葉地判平11・9・8判時1713号143頁参照。

しかしながら、比較衡量アプローチを採る限り、定量的利益について衡量要素を抽出し、それぞれの程度を検討して、それらを総合的に衡量するほかない<sup>(24)</sup>。理論的にはそうだととしても、実際の適用においては定性的利益の定量化を行っているのではないか、そもそもそのよう衡量には無理があるのではないかとの疑問は依然として払拭されていないように思われる。その意味で、先に提示した疑問はなお解消されていないと言わざるを得ない。

そこで、捜査一般についてはそのような疑問が残るとしても、少なくとも法益侵害型の捜査については、捜査違法の根拠が法益侵害である限りにおいて、定量的衡量に馴染むのではないかと考えられるので、そのことを踏まえて、法益侵害型の捜査について、もう少し具体的にその可能性を検討してみたい。

### 第3 法益侵害型の捜査

#### 1 被侵害利益

##### (1) 被侵害利益の有無

既に検討したように、この場合の捜査は、自己決定それ自体とは切り離された純然たる法益侵害を伴うものであって、相手方の意思に関わりなく、相手方の法益を侵害することによって捜査情報を獲得する類型である。例えば、通信や会話の傍受、おとり捜査、あるいは秘密捜査員の投入などである。ま

---

(24) 最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度310頁〔鹿野伸二〕参照（写真撮影につき、「総合的な相当性の判断による」とされる。）。被侵害利益の個別具体的な「析出」の必要性につき、酒巻匡「刑事訴訟法を学ぶ・捜査手続（2）総説（続）・捜査の端緒」法学教室357号（2010年）73頁、同・前掲注（6）法学論叢162巻1～6号95頁。さらに、任意処分の「理由」を必要性・緊急性の要件とは独立した要件として再構成する試みとして、洲見光男・前掲注（21）40頁以下参照。

た、いわゆる面割り写真を得るための容疑者の写真撮影などもこれに含まれて良いであろう。この場合には、通常、強制捜査と任意捜査とに区分され、重要な権利・利益の侵害がある場合には強制捜査に、そうでない場合には任意捜査に分類され、後者のうち、必要性・緊急性があり、社会的に相当な場合には適法とされ、そうでない場合には違法とされるのが通例である<sup>(25)</sup>。

しかしながら、重要な権利・利益か否かの判断は、往々にして、法益侵害の重要性の程度にすり替えられ、本来は定性的な権利・利益の性質として議論されていたものが<sup>(26)</sup>、定量的な権利・利益の侵害の程度の問題として議論されることが少なくないように見受けられる<sup>(27)</sup>。例えば、写真撮影を例にとっても、肖像権と称するか否かは措くとしても、被撮影者のプライバシーの利益が侵害されることは間違いないと思われるが<sup>(28)</sup>、そのような肖像権ないしプライバシー権それ自体の性質論によって直ちに強制か任意かが決められるというよりも、置かれた環境と条件の下で、どの程度保護に値するかとい

(25) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁、井上正仁・前掲注(21)10頁、川出敏裕・前掲注(6)30頁、上口裕・前掲注(6)64頁、田口守一・前掲注(7)46頁など。

(26) 井上正仁・前掲注(21)11頁注15。

(27) 三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』(1997年)81頁参照。仮に、定性的侵害だとすれば、強制と任意とは質的に断絶があることになるが、定量的侵害だとすれば、両者は単に量的相違に止まるのではないかの疑問が生じる。この点も、議論が錯綜する原因の一つであるように思われる。

(28) プライバシー概念は、当初、「ひとりで居させてもらいたいという権利」とされていたが、その後、①静穏のプライバシー、②人格的自律のプライバシー(私的領域における自己決定の利益)、③情報プライバシー(自己情報をコントロールする利益)に分類されるに至り、さらに、①及び②は人格的自律権の問題であり、プライバシーは③に限るとする見解が多いようである(佐藤幸治『日本国憲法』(2011年)182頁、同『憲法〔第3版〕』(1995年)454頁。さらに、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(1994年)368頁以下参照。)。さらに、西原博史編『監視カメラのとプライバシー』(2009年)34頁以下、星周一郎『防犯カメラと刑事手続』(2012年)61頁以下参照。なお、従来の議論を踏まえた近時のプライバシー権の「構造論的転回」につき、山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号(2010年)80頁以下参照。

う当該権利の「要保護性」の評価がなされ、その「要保護性」の程度と当該写真撮影行為の必要性・緊急性の程度とが比較衡量されているように見受けられる。そこでは、プライバシーにも要保護性の程度があり、濃淡様々であるから一概に要保護性を論じることはできず、路上における写真撮影と自宅居室内における写真撮影、あるいは店舗内における写真撮影とでは、被撮影者の保護法益の程度に差があることを当然の前提としているように思われる。判例は、写真撮影について強制か任意かを明言することなく、直ちに肖像権ないしプライバシー権の要保護利益と捜査の必要性とを比較衡量することによって、直接的にその適法性を判断しているが<sup>(29)</sup>、あるいは、当該権利・利益の要保護性について、理念的に程度の問題のみを想定しているのかもしれない。果たしてそれで良いのであろうか。

## （2）被侵害利益の性質

それでは、路上における被撮影者のプライバシーと、自宅居室内における被撮影者のプライバシーとは、定性的に異なるのであろうか。もとよりプライバシー権の内容にかかわるので、軽々に判断することはできないが、仮にプライバシー権が、いわゆる自己決定権の一部、さらに言えば、自己情報コントロール権だとすれば、路上においても自室においてもプライバシー権の内容が定性的に異なるとは考えにくい。むしろ、全く同一内容のプライバシーではあるが、置かれた環境と条件によって、保護の必要性の程度が異なる

---

(29) 最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁、最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁。最高裁判所判例解説刑事篇昭和44年度493頁〔海老原震一〕、最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度299頁〔鹿野伸二〕参照。これに対し、今後の課題として、強制と任意との区別しておくことが重要であろうと言われる（宇藤崇「判批」平成20年度重要判例解説ジュリスト1376号（2009年）209頁）が、判例は敢えて両者の区別をしなかったのではないかと考えられるし、実務的に重要なのは、いかなる場合に許されるかであると言われている（鹿野伸二「判批」ジュリスト1371号（2009年）100頁）。

にすぎないように思われる。おそらく、そこでは権利の内容も侵害の程度も同様(厳密に言うと「同一」であろう。)ではあるが<sup>(30)</sup>、そのような侵害が行われる環境と条件とによって、侵害から保護されるべき程度、すなわち「要保護性」のみが異なっているのではないかと思われる。その場合の「要保護性」とは、閉鎖空間か解放空間かに起因する保護の必要性であって、さらに言えば、当該空間の有する固有のバリアーとでも言うべき性質であると言って良いであろう<sup>(31)</sup>。例えば、閉鎖空間においては、いかなる者であっても、その空間に入ることによって、そのプライバシーが等しく保護されることになるのであって、要保護性は、当該空間の有する固有の性質に由来すると行って良いように思われる。比喩的に言えば、バリアーに覆われているため要保護性が強い場合にそのバリアーを破る行為が強制捜査に当たると言えよう。例えば、路上にいる場合のように、バリアーに保護されていない肖像権としてのプライバシーは、憲法13条のみの問題として比例原則で解決し、バリアーに保護された自宅等にいる場合には、これに加えて憲法35条の問題ともなるから、そのバリアーを破るためには、令状主義に従わなければならない<sup>(32)</sup>と行って良い。

このように考えると、少なくとも肖像をめぐるプライバシーについて重要

- (30) 緑大輔・前掲注(22)60頁参照(路上や公共の場所であっても、直ちにプライバシー保護の必要性が低くなる訳ではないことを指摘する。)
- (31) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第2版〕』(2009年)96頁(憲法上保護された領域とそれに匹敵する状況にある場合には、他人の干渉を受け容れない「客観的期待」があり、干渉を受けない期待を全く欠く状況では「期待が欠如」し、中間領域では「主観的期待」があるとされる。)、同「判批」判時1324(判評370)号(1989年)225(63)頁参照。さらに、清水真「捜査方法としての遮蔽空間の探知に関する考察」明治大学法科大学院論集第8号(2010年)31頁参照。
- (32) 酒巻匡「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(2011年)21頁。もっとも、バリアーを破るために令状が必要だとすれば、令状によって破られた後はそれ以上の規制はないのであるから、必要性に応じて撮影が許されることとなろう。なお、憲法13条と35条との関係につき、最高裁判所判例解説刑事篇昭和44年度492頁〔海老原震一〕参照。

な権利・利益か否かは、バリアーによって保護されたプライバシーか否かという違いによるように見える。バリアーの有無は、定量的問題ではなく定性的問題と考えられるから、その意味で、任意捜査としての写真撮影と強制捜査としての写真撮影とは、不連続ないし非連続と考えられる。その限りにおいて、両者の理論的限界は明確である。

### （3）利益侵害の程度

しかしながら、任意捜査か強制捜査か必ずしも明確ではないと思われるような場合もある。確かに、住居等への立入を伴う場合にはその区別は明確であるとしても、立入を伴わない検証のような場合には、その区別は必ずしも明確であるとは言い難い。例えば、配達予定の宅配便荷物を借り受け、荷送人、荷受人の承諾がないままX線検査を行った事案につき、最高裁は、「その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分当たるものと解される」とした<sup>(33)</sup>。

これに対し、原審が是認した第一審大阪地裁は、「本件によるエックス線検査による方法は、その照射により内容物の形状や材質を窺い知ることができるだけで、内容物が具体的にどのようなものであるかを特定することは到底不可能である。したがって、この方法が荷送人・荷受人のプライバシー等を侵害するものであるとしても、その程度は極めて軽度のものにとどまる」として、任意捜査の一態様と判断しているのである<sup>(34)</sup>。

---

(33) 最決平21・9・28刑集63巻7号868頁。

(34) 大阪地判平18・9・13判タ1250号339頁。なお、豊崎七絵「判批」法学セミナー637号（2008年）118頁参照。

確かに、宅配便荷物の場合、外見の目視ないし手による接触のみでは内容物が何かについて推認することは不可能に近い。しかし、それが不透明の段ボール箱等に入っているからといって、直ちに自宅等と同様のバリアーになるのであろうか。

この点、例えば、自動車の車内の検索を想定してみれば、巨大な箱の中に入っている物のプライバシーというレベルでは同様に考える契機となり得るように思われる。自動車の車内の検索については、往々にして職務質問から所持品検査への発展形態として問題となる場合が少なくないが、この場合、多くは単なる所持品検査の程度を越えて、令状によるべき捜索に至ったものと解される場合が多く<sup>(35)</sup>、したがって、無令状捜索として違法とされることが多いようである<sup>(36)</sup>。自動車は人の所持品に近いというよりも、人の住居に近いと解されており、その意味で、要保護性が高いと評価されているように思われる。しかしながら、窓の外から車内を覗き見するという態様であれば、概ね職務質問に引き続き所持品検査の一態様として任意とされているようであり<sup>(37)</sup>、それは、おそらく外から内部を目視することができるため、その限度でプライバシーの要保護性が低下していると考えるのであろう。

(35) 例えば、最決平7・5・30刑集49巻5号703頁は、「自動車内を調べた行為」につき、「所持品検査として許容される限度を超えたもの」であるから「違法」としている。この事案は、警察官4人で、懐中電灯等を用い、背もたれを前に倒し、シートを前後に動かすなどして、自動車の内部を丹念に調べたというもので、「性質、態様において捜索と評価されるべき行為であることは否定できない」（最高裁判所判例解説刑事事篇平成7年度229頁〔今崎幸彦〕）、「自動車の居宅に準じる側面及び調べた範囲が広範だったことからすると、原審の認定は妥当」（津村政孝「判批」法学教室182号（1995年）89頁）と評されている。さらに、東京地判平4・9・11判時1460号158頁参照（車内検索が「実質的に捜索」に当たるとした）。

(36) 新関雅夫ほか『増補令状基本問題（下）』（1997年）287頁〔小林充〕。さらに、最高裁判所判例解説刑事事篇平成7年度236頁注3〔今崎幸彦〕、三上潤「自動車に対する捜索差押」高麗邦彦ほか編『令状に関する理論と実務Ⅱ』別冊判例タイムズ35号（2013年）86頁参照。

それでは、宅配便の外箱はどう解すべきであろうか。仮にこれを開封して手で中身を捜したとすれば、明らかに捜索と考えられるから、X線検査がこれに類する態様に属すると評価できるか否かによることになろう。この点、X線検査によっては、内容物それ自体を直接確認することができないのであるから、開封して捜索を行う場合とは格段の較差がある。段ボール箱を開いて見た場合には捜索に当たるとしても、X線照射が直ちに強制に当たるとまでは言にくいように思われる。しかしながら、自動車の窓の外から車内をのぞき見ることに比べれば、内部を目視できない点において、宅配便の外箱の方が要保護性が高いし、箱を上下左右に揺すって内容物の大きさを推認するのは異なり、形状・大きさのみであればかなり正確に認識することができる。すなわち、外観のみからは知ることができない内容物に関するデータの一端（そこから内容物が何かを推測する可能性がある情報）を正確に認識することができるのである。その意味で、中身に一步踏み込んでいると評価することもできよう。X線検査は、対象物の中身が何かを知ることが目的であるから、その一部の情報によって内容物が何かをある程度確実に知る可能性があるという限度では目的を達することができたと言って良いのである。その限りにおいては、プライバシー侵害があったと言えよう。そうすると、この場合にも、いわゆる肖像撮影の場合と同様に、定性的な侵害の質を問題としているのであって、侵害の量としての程度を問題としているわけではないように思われる。第一審判断と最高裁の判断とが分かれた最大の理由は、内容物を推認することができるような状態であったか否かについての評価の違いよると考えられる。仮に、第一審の言うように、内容物をおよそ推認できない程度の検査であるとすれば、そのような利益侵害は、およそ重要な権利・利益の

---

(37) 例えば、横浜地判平23・3・8 LLI/DB06650177参照（「検索行為のうち、ナンバープレート等の車体外側を見た行為や、窓ガラス越しに、あるいは開いているハッチバックドアから車内を見た行為についてはさておき」と述べ、適法行為との評価を窺わせる。）。

侵害とは言えず、せいぜい重要でない利益侵害にとどまるから、比例原則に従って判断されれば足りるということになるのであろう。これに対し、最高裁のように考えれば、それはまさしく重要な権利・利益の侵害に当たるから、およそ比例原則に従って適法化する余地はないことになるのであろう。

以上のように、強制と任意の区別は理論的には明確に区別することができるとはいえ、現実の区別は要保護性の高い環境に置かれているか否かによるのであって、その要保護性の程度ないし限界を確定することは必ずしも容易ではない。したがって、強制と任意との現実の区別は、その形式的な不連続性にもかかわらず、実際には極めて連続的であって、必ずしも明快な区分けを期待することは困難であることを確認しておきたい<sup>(38)</sup>。

#### (4) 小括

このように考えると、自宅内の肖像撮影にせよ、宅配便のX線撮影にせよ、そのプライバシー侵害は、要保護性の高い環境に置かれる限り、性質上重大な権利・利益の侵害であるから、任意捜査として許容される余地はおよそあり得ないように見える。しかし、その実際上の区別は極めて困難であって、実質的にみると、強制捜査と任意捜査は必ずしも断絶してはならず、むしろ連続性を有するとも考えられる。その意味において、その境界線は必ずしも明確ではないように思われる。

---

(38) 強制捜査の判断方法は、「典型的該当性判断」であるから、個別事案の具体的状況において、当該手段を用いることの「必要性・緊急性等の要素は無関係」であることが強調されている（酒巻匡「刑事訴訟法を学ぶ〔第2回〕捜査手続（1）総説」法学教室356号（2010年）70頁）。しかし、実際上の区別は連続的であるから、論理の貫徹が適切な帰結を導くか否か疑問もある。この点で、強制処分と任意処分との区別につき、相当性判断を先行させ、相当性が肯定できれば任意捜査とし、それを超えた場合を強制処分とする立場も主張されている（寺崎嘉博「任意取調べの限界」法学教室256号（2002年）11頁、同「任意取調べの限界」田口守一ほか編『判例演習刑事訴訟法』（2004年）15頁）。これに対する批判として、堀江慎司・前掲注（10）17頁など。

他方、屋外の肖像撮影はそもそもバリアーがないので要保護性は極めて低く、それ故、比例原則の観点から比較衡量すれば、原則として捜査利益の方が優越すると考えられ、肖像撮影が許される場合が多いであろう。また、宅配便のX線検査であっても、その解像度が低く、ぼんやりとした曖昧な射影しか映らないような検査装置を用いたとすれば、対象物が何か推認できないのであるから、そもそも要保護性のバリアーを破る余地がないという意味において、なお任意捜査の範疇にとどまるというべきであろう。

いずれにせよ、強制捜査、任意捜査を問わず、捜査が許される限界を検討する際には、少なくとも、権利・利益の侵害の「有無」（すなわち「質」）のみならず、その「程度」（すなわち「量」）をも十分に検討しなければ、妥当な帰結に至らないように思われる。その意味で、強制捜査の適法性限界についてさえ、権利・利益の「程度」を軽視することは相当でないと思われる。

それでは、捜査の適法性の限界については、それらの要素のみを検討することで十分なのであろうか。他に検討すべき要素は存在しないのであろうか。従来、この点については、どちらかと言えば消極的に考えられており、むしろ法益侵害ないし侵害のおそれに純化すべきであるとされることが多かったように思われる。しかし、本当にそれで良いのであろうか。それ以外の要素について考慮する余地はないのであろうか。なお疑問がないわけではない。そこで、改めてこの点について検討しておきたい。

## 2 法益侵害以外の違法要素

### （1）比例原則

法益侵害型の場合には、基本的には法益の侵害があれば、捜査利益との比較衡量を通じて捜査の違法性が判断されることになる。これが、少なくとも任意捜査における適法性判断の原則である<sup>(39)</sup>。憲法13条は、「生命、自由及び幸

福追求に対する国民の権利」については、「公共の福祉に反しない限り」「最大の尊重を必要とする」と規定し、国民の権利と公共の福祉とのバランスを求めている。捜査活動において公共の福祉とは、真相解明のための証拠収集活動であり、当該捜査の必要性・緊急性を意味しており、他方、国民の権利は、住居の平穏や人身の自由の確保、さらにはプライバシー権のような個人の人権である。この場合の公共の福祉は、いわば外在的・政策的制約原理であり、これによって政策的に国民の権利・利益が制約されることになる<sup>(39)</sup>。したがって、通常の場合には、当該捜査によって得られる証拠収集等の利益と、当該捜査によって侵害される被侵害利益の大きさととの比較衡量によって、相対的に比較優位に立つ利益が優先することになると言って良いように思われる。捜査比例の原則は、任意捜査における基本的考え方であると言われるゆえんである。

## (2) 法益侵害以外の要素

しかし、それ以外の要素は一切考慮できないのであろうか。例えば、逮捕状による逮捕の場合に、別件逮捕が問題とされているが、これについて、いわゆる本件基準説を採れば、別件による令状審査のみを受けながら、実質的

---

(39) 宇藤崇ほか・前掲注(6)34頁、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号(2002年)76頁、酒巻匡「刑事手続法の諸問題〔第2回〕捜査に対する法律規律の構造(2)」法学教室284号(2004年)65頁、金子章「在宅被疑者の取調べの許容性について(1)―その違法性の実質に関する議論を中心に―」横浜国際経済法学19巻1号(2010年)6頁など。なお、行政法上の比例原則につき、須藤陽子「比例原則」法学教室237号(2000年)18頁以下、高木光「比例原則」法学教室145号(1992年)33頁、宮田三郎「行政法上の比例原則」法学教室第2期7号(1975年)152頁参照。さらに、東京高判昭31・5・8高刑集9巻5号425頁(大学自治と警察権との関係を踏まえて、「警察比例の原則」を述べる。)参照。

(40) 佐藤幸治『日本国憲法論』(2011年)134頁参照。捜査利益は、基本的人権が性質上当然に制約される内在的制約とは言えないであろうから、秩序維持と社会の安全のために要請される政策的考慮と考えられよう。

には本件について捜査を行う意図のもとで別件によって得た逮捕状を執行して逮捕するのであるから、いわば逮捕権が濫用されており<sup>(41)</sup>、その意味で、捜査官の主観的意図によって捜査が違法となるように思われる<sup>(42)</sup>。形式的にみれば、別件については、逮捕の理由も必要も具備しているのであるから、外観上何らの違法を見出すことはできない。これが違法となるとすれば、別件の逮捕を本件捜査のために利用するという捜査官の主観的意図を根拠とするほかないように思われる。もちろん、本件の逮捕状がないのであるから、本件との関係では単なる無令状逮捕にすぎず、主観的意図によって違法となるのではないという説明も可能であろう。しかしながら、別件については法律要件を充足するとして発付された令状の執行が、外形的には全く瑕疵がないにもかかわらず、およそ裁判の執行に当たらないのであろうか<sup>(43)</sup>。現実の実態をみれば、少なくとも純然たる無令状ではない。仮に無令状逮捕とすれば、現に執行された当該逮捕状の執行については、どのように評価するのであろうか。現実の執行を単に無視すれば足りるとは、到底思われぬ。そうだとすれば、客観的にも主観的にも、単なる無令状逮捕とは異なっていると評価せざると得ないように思われる。仮に、別件逮捕を全くの無令状逮捕とするのではなく、しかもこれを違法とするのであれば、流用の主観的意図を理由とするほかないように思われる<sup>(44)</sup>。その限りにおいて、このような主観的意図は捜査の違法要素であると評価せざるを得ないのではあるまいか。

(41) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（1990年）81頁（「逮捕・勾留請求権の濫用」とされる。）。

(42) 田口守一・前掲注（7）84頁（「捜査官の主観的『目的』を判断する」とされる。）。さらに、最決昭52・8・9刑集31巻5号821頁参照。

(43) これらについて本件基準説が十分な説明をしてこなかったことにつき、川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』（1998年）79頁参照。

(44) これに対し、米国における主観説を引用しつつ、純粹に捜査機関の意図のみによって違法性を根拠付けることは困難であるとする見解も有力に主張されている（川出敏裕・前掲注（43）220頁）。

また、違法収集証拠排除法則においても、違法の重大性の判断要素として、客観的な法規逸脱性と並んで、法執行機関の法潜脱の意図が挙げられている<sup>(45)</sup>。潜脱意図は、意図的な法逸脱の意思であるから、いわば悪意と評価することもできる。そうすると、ここでは、客観的な法逸脱としての違法性のみならず、主観的意図も違法性の要素として考慮されている。確かに、重大な違法かどうかは、違法収集証拠を排除するための基準であるから、既に当該捜査が違法であることを前提としているようにも見える。しかしながら、違法の要素として考慮されている以上、違法か否かを決する要素と全く無関係であるとは考えられない。違法の程度を決する要素と違法の有無を決する要素とが全く無関係とすれば、違法の程度は、違法の有無とは無関係ということになりかねない。仮に、有無の要素と程度の要素が不連続であるとすれば、違法の有無は法益侵害のみによって定まり、その程度はこれに加えて主観的な潜脱意図をも併せて評価するということであろうか<sup>(46)</sup>。違法には、違法を根拠付ける違法と、これを前提としてその程度を高める違法という質の異なる

---

(45) 井上正仁・前掲注(16)404頁, 松尾浩也『刑事訴訟法(下)〔新版補正第2版〕』(1999年)119頁, 宇藤崇ほか・前掲注(6)388頁, 池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義〔第4版〕』(2012年)483頁, 田口守一・前掲注(7)376及び378頁, 三井誠「違法収集証拠排除法則〔5〕」法学教室267号(2002年)120頁(「広い意味では、違法の程度に関連する要因」), 鈴木茂嗣・前掲注(41)229頁(ただし、「副次的・補充的に考慮するにとどめるのが相当」)など。これに対し, 光藤景皎・前掲注(12)158頁(捜査官の主観的意図を重大性判断の要素とすることに「疑問が残る」とされる。), 上口裕・前掲注(6)497頁参照(「捜査の違法」は、「捜査官の違法の認識」とは独立に判断すべきとされる。), さらに, 白取祐司『刑事訴訟法〕〔第7版〕(2012年)372頁(主観的要件は、「重視すべきではない」)。

(46) 重大性の要件は、「手続の公正さの維持ないしは司法の無瑕性」に馴染むものとすれば、一般的利益衡量を前提とするのであるから(川出敏裕・前掲注(16)530及び531頁, 宇藤崇「『毒樹の果実』論について」現代刑事法5巻11号(2003年)44頁。さらに, 井上正仁・前掲注(16)554頁参照。), 違法の根拠ではなく排除の根拠にすぎないという理解もあり得るのかもしれない。

二種類の違法があるのであろうか。仮にそうだとすると、捜査の違法は、違法の程度をも問題とせざるを得ないのであるから、後者の違法も捜査違法として考慮することはできるのではあるまいか。

### （3）判例の立場

この点、判例によると、違法収集証拠排除法則が理論として肯定された当初から、違法の重大性判断の際に、「所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎない」として法益侵害の程度が低いことを述べた上で、「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく」として<sup>(47)</sup>、潜脱意図を違法の重大性を判断する要素として考慮する余地を認めていた。そして、現に重大な違法として証拠を排除した際には、「本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむをえない」としている<sup>(48)</sup>。ここでの警察官の態度は、逮捕状呈示がないという違法のみならず、内容虚偽の捜査報告書の作成、公判廷における事実と反する証言を指しており、少なくとも被告人の法益侵害を超えた内容を意味していることは明らかであろう。

ところで、前掲最判平15・2・14の事案における逮捕手続の違法については、違法の存否とその程度とは、その根拠が異なっているのであろうか。すなわち、違法の存在は呈示がなかったという手続的瑕疵による被告人の利益侵害のみに起因するものであって、これによっていったん違法とされた違法

---

(47) 最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁。重大性を否定した際に、令状主義潜脱の意図がなかったことを事情として掲げたものとして、例えば、最決昭63・9・16刑集42巻7号1051頁、最決平21・9・28刑集63巻7号868頁、福岡高判平5・3・8判タ834号275頁、大阪高判平16・10・22判タ1172号311頁、仙台高判平20・1・20高検速報（平20）293頁など。

(48) 最判平15・2・14刑集57巻2号121頁。

の程度が、その後の警察官の態度によって増大したということになるのであろうか。この点、警察官の態度については、そのような事後的態度から逮捕行為時点における潜脱意図の大きさを推認させる要素と言われており<sup>(49)</sup>、そうだとすれば、初めから逮捕状なしで逮捕しようという潜脱意図が、逮捕行為の違法の大きさを示していると言えよう。ここで、その潜脱意図は、違法そのものを基礎付ける要素であろうか、それとも別途基礎付けられた違法の大きさを増大するだけの要素であろうか。判例は明確ではないが、「逮捕の違法は、(略)手続的な違法があるが、それにとどまらず」として事後的事情を述べていることからみると、両者相俟って違法を基礎付け、かつその重大性を基礎付けているようにも思われる。仮にそうだとすれば、両者の違法の同質性を前提としているのではないかと考えられる。

これに対し、いわゆるX線検査に関する判例<sup>(50)</sup>においては、違法の有無については、「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものである」ことを根拠としており、その上で、その違法の程度については、嫌疑が高まっており、検査の実質的必要性があったことのほか、「令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと」を挙げて、「その証拠収集過程に重大な違法があったとはいえず」と述べている。ここでは、明らかに違法を基礎付ける要素は法益侵害であって、これを加重する要素として潜脱意図等が考慮されているにすぎないようにも思われる。

この点、任意捜査の限界に関する判例<sup>(51)</sup>も、「必要性、緊急性なども考慮し

(49) 最高裁判所判例解説刑事事篇平成15年度43頁〔朝山芳史〕、佐藤文哉「違法収集証拠排除法則の新局面」法学教室275号(2003年)42頁、長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」現代刑事法5巻11号(2003年)34頁、大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)141頁、池田公博「判批」ジュリスト1338号(2007年)214頁、大澤裕=杉田宗久「対話で学ぶ刑事訴訟法〔第12回〕違法収集証拠の排除」法学教室328号(2008年)72頁〔杉田発言〕など。

(50) 最決平21・9・28刑集63巻7号868頁。

たうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」とするが、その「限度」とは、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるから」に引き続く説明であるから、やはり「法益侵害又は侵害するおそれ」の「限度」が「相当」か否かによることになると言われており、したがって、相当性は、当該捜査の必要性・緊急性と当該捜査による被疑者の法益侵害との比較衡量の結果、当該具体的状況下においてはバランス的に相当という意味であるという理解<sup>(52)</sup>が一般的であるように思われる<sup>(53)</sup>。確かに、そのような理解に合理性があることは認められるが、しかしながら、「法益を侵害し又は侵害するおそれがあるから」というのは、任意捜査にも一定の限界を設けるべき理由を述べたものであって、そのことから直ちにその限界は侵害の程度によらなければならないという論理的必然性があるわけではないようにも思われる。取り分け、捜査の適正が前提とされることを踏まえれば、捜査機関の法規逸脱性は、それ自体として考慮されても良いと考えられるし、法規逸脱性が法益侵害又はそのおそれに全て包含され、これを一步も出ることができないとまでは言えないのではあるまいか<sup>(54)</sup>。確かに、法益侵害又はそのおそれが、任意捜査の限界を画する中核的要素として、捜査利益と衡量されるべきだとしても、「具体的状況のもとで相当と認められる限度」か否かであるから、例えば、捜査機関の潜脱意図のような主観的事情を常に排斥しなければならない必然性があるとまでは言えないようにも思われる。もとより、法益衡量以外にどのような要素をどの程度考慮できるかについては、「具体的状況」によるので必ずしも一概には言えないが、仮に法益侵害ないしそのおそれを伴

---

(51) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

(52) 大澤裕・前掲注（6）5頁。さらに、酒巻匡ほか『演習刑事訴訟法』（2005年）62頁〔大澤裕〕参照。

(53) 井上正仁・前掲注（21）7頁、井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕（1998年）5頁、川出敏裕・前掲注（6）32頁、酒巻匡・前掲注（39）66頁、田口守一・前掲注（7）47頁、池田修＝前田雅英・前掲注（45）90頁及び91頁注26など。

わない法逸脱があり得るとすれば、そのような要素も、「相当」か否かの判断に際して、一要素として考慮する余地はあり得るのかもしれない<sup>(55)</sup>。

そこで、法益侵害以外の要素は、そもそも捜査の違法に影響を及ぼすことはできないかどうか、仮に影響を及ぼすことが可能だとすればその限界はどうかについて、改めて検討しておきたい。

#### （４）法益侵害以外の要素の考慮可能性

法益侵害以外の要素を検討する際に最も問題となるのは、法益侵害又はそのおそれがないにもかかわらず、捜査機関の主観的態度、あるいは主観的意図を理由として、直ちに違法な捜査と評価できるかという点である。もとより、全く法益侵害ないしそのおそれがない捜査活動というものはそもそも想定困難であるから、問題設定自体に無理があるとも思われるが、仮に想定可能とした場合にはどうであろうか。例えば、殺人事件の現場において、遺留物を領置する際に、当初から廃棄処分する積もりでありながらその意図を

(54) 写真撮影について、京都地決平2・10・3判時1375号143頁は、撮影が「社会通念上相当」である理由として、撮影場所への立入りが許諾を受けたもののほか、相手方が拒絶の態度を示していないことを挙げており、いわば平穏な撮影であったことが相当性判断に至ったものと考えられる。また、東京地判平1・3・15判時1310号158頁も、他者にも配慮し、強制力も加えていないことを挙げたほか、秘密撮影の「一事をもって撮影方法が相当でないとは解すべきでない」としており、撮影方法が相当性に影響することを示唆している。さらに、東京地判平17・6・2判時1970号174頁も「その方法が社会通念に照らし相当とされる範ちゅうを逸脱していたとまではいえない」とする。なお、民事事件であるが、大阪地判平6・4・27判タ861号160頁は、情報収集活動としての監視カメラの設置につき、適法性の要件として、「設置状況が妥当であること」「使用方法が相当であること」を挙げている（阿部浩二「判批」判時1537（判評440）号（1995年）232（38）頁参照〔最判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁を「承継し」「更に展開した一例」とされる〕）。

(55) 「相当性」判断の複雑性と困難性につき、井上正仁・前掲注（21）22頁補注3参照。さらに、酒巻匡・前掲注（6）法学論叢162巻1～6号106頁参照。

秘匿して領置手続を採ったような場合、当該捜査は違法なのであろうか。もとより、領置手続を採った後に勝手に廃棄処分した場合には、違法な廃棄処分となることは当然であるが、問題は領置した行為それ自体はどうかである。外形的には法規に合致した全く問題のない手続であるにもかかわらず、捜査官の主観的意図のみを理由にこれを違法と評価できるのであろうか。領置行為それ自体は、客観的に適切な法的根拠に基づいて、法的ルールに従ってなされているのである。捜査官の内心の心情だけで違法とすることが、法の趣旨に合致しているのであろうか。この場合、ルールは落ち度なく遵守されており、手続の法的根拠も十分に備わっていたのであるから、これを違法として排斥しなければならない必然性は全く存在しないように思われる<sup>(56)</sup>。

しかしながら、外形的には全て要件を満たした行為であっても、濫用意図が明確であれば、それは権利ないし権限の濫用として無効となる余地はあり得る<sup>(57)</sup>。この場合、同時に違法となるか否かは必ずしも明らかではないが、違法と評価される場合もあり得よう<sup>(58)</sup>。

---

(56) なお、最決平16・1・20刑集58巻1号26頁参照。同決定は、税務調査における検査権限の行使によって収集取得される証拠資料が、後日の反則事件あるいは犯罪捜査の証拠として利用されることを「想定できた」としても、それだけで違法となることはないとして述べている。この点につき、山口雅高「判批」ジュリスト1268号（2004年）213頁は、「想定できたという質問検査権の行使に当たっての主観的な要因だけから」「違法になるとは考えられない」とする（なお、最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度57頁〔山口雅高〕参照）。これに対し、原審高松高判15・3・13高刑集56巻1号1頁は、反則事件の調査に協力する意図のもとに検査権限が行使された可能性が排斥できないから、税務調査の要件は充たしているが、法人税法156条に違反し違法となる旨を述べる。別件搜索差押えをめぐる議論を含め、主観的意図のみで違法となるかという点については、学説上も賛否両論がある（笹倉宏紀「判批」ジュリスト1304号（2006年）192頁参照）。

(57) 例えば、最判昭54・7・24刑集33巻5号416頁。なお、権利の濫用による効力不発生であるから、改めて誠実に権利行使を行う余地はある（最高裁判所判例解説刑事篇昭和54年度237頁〔高木俊夫〕）。

例えば、公訴提起及び追行の際における嫌疑の程度をめぐって、有罪を得られる見込みがない起訴、すなわちその程度の嫌疑がない起訴は無効であるから、公訴棄却とすべきであると主張されているが<sup>58)</sup>、これとの関連で、嫌疑が不十分な起訴は、それ自体違法であるとして、国家賠償請求がなされることが少なくない。公訴提起の違法性について、判例は職務行為基準説を採り<sup>59)</sup>、その判断基準については、合理的理由欠如説を採るものといわれている<sup>60)</sup>。これによれば、国家賠償法にいう故意・過失は、客観的な証拠関係の合理的判断によることになるので、訴追機関の心情的ないし心理的な内心意図を直接検討することにはならない。しかし、下級審においては、「無実であることを知りながら、あるいは無実であることを認識しうべき証拠を所持しながらあえて公訴を提起し、違法、不当な手段を用いて公訴の維持遂行に努めた」場合には、故意又は重過失があるとして違法であるとした裁判例<sup>62)</sup>もある。この裁判例は、故意の可能性を認めた点で極めて稀なケースではあ

- 
- (58) 例えば、仙台高判昭44・2・18判時561号87頁（なお、その上告審最判昭44・12・5刑集23巻12号1583頁参照）。
- (59) 松尾浩也『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（1999年）149頁、鈴木茂嗣『刑訴訟法〔改訂版〕』（1990年）127頁、田口守一・前掲注（7）176頁など。
- (60) 最判昭53・10・20民集32巻7号1367頁。さらに、最判平1・6・29民集43巻6号664頁、最判平2・7・20民集44巻5号938頁。なお、国賠法上の違法の論拠を刑法法上の違法評価の本質的要因とすることの妥当性には、疑問も提起されている（小田中聰樹「判批」刑事訴訟法判例百選第7版（1998年）83頁）。
- (61) 村重慶一「公訴の提起・追行」判タ993号（1992年）80頁、最高裁判所判例解説民事篇平成元年度233頁〔河野信夫〕。
- (62) 札幌地判昭46・12・24判時653号22頁。なお、民法における不法行為についても、過失は注意義務違反として客観化されているように見えるが、故意は「心理状態」と言われている（例えば、森島昭夫『不法行為法講義』（1987年）169頁、吉村良一『不法行為法〔第4版〕』67頁、前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為法〔第2版〕』（2010年）25頁など）。なお、故意責任を「意思責任」とすれだけでは不十分とする指摘として、窪田充見『不法行為法』（2007年）43頁。

るが、この場合の故意は、内心の認識ないし意図を問題としているようにも見える。すわなち、「有罪判決を得る合理的な見込みがないことを知りながら、あえて公訴を提起すれば、右起訴処分は故意による違法行為となり」としており、認識と認容があることによって、過失よりも違法が大きいものと評価しているように思われる。確かに、濫用意図ではないが、少なくとも認識と認容を問題とする限りにおいては、主観的意図が違法の大きさに影響していると評価して良いように思われる。

この点で多少参考になるのは、いわゆる公訴権濫用論における考え方である。判例によれば、公訴権濫用として無効となることが全くないわけではないとして、辛うじてその余地を残したが、それは、「たとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」とされている<sup>(63)</sup>。そのような場合として、「著しく軽微な被疑事件で当然に起訴猶予になるような事案を職権濫用の故意で訴追したような場合」などが「その典型であろう」<sup>(64)</sup>と言われている。公訴提起が職権濫用となるとすれば、それは当然に違法となるはずであるが、そこでの違法は、「職権濫用の故意」が大きく影響しているように思われる。その限りでは、主観的意図が訴訟行為の違法に影響を及ぼしているものと考えられることができるであろう。もっとも、この場合には、もともと職務犯罪というのであるから、犯罪行為であることが想定されており、そうであれば、何らかの法益侵害ないし侵害のおそれによって違法性が基礎付けられた上で、さらに主観的意図を問題とするものとも考えられる。そうだとすれば、ここでは、単なる主観的意図のみによる違法を問題としているわけではなく、せいぜい法益侵害ないしそのおそれと併せて違

---

(63) 最決昭55・12・17刑集34巻7号672頁。公訴権濫用論の関心は、「無効」か否かであるが、無効となるような法律行為は、多くの場合、「違法」となることが多いので、考え方の参考として取り上げるものである。

(64) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度421頁〔渡部保夫〕。必ずしも「検察官の悪意」を要求するものではないと評されている（同426頁）。

法を問題としていると言って良いのかもしれない。

いずれにしても、法益侵害ないしそのおそれが全く存在せず、捜査機関の純然たる主観的意図のみに基づいて捜査違法が構成されることを想定することは困難というべきかもしれないが<sup>(65)</sup>、少なくとも、捜査機関の主観的意図が、捜査の違法性評価に影響を及ぼすことそれ自体を否定することはできないように思われる。したがって、原則として、法益侵害ないし侵害のおそれが捜査違法の中心であることは疑いないとしても、そのことは、それ以外の法逸脱の要素を捜査違法から理論的に排除することを意味するわけではないことを確認しておく必要があるように思われる。

#### （5）小括

このようにみれば、法益侵害型の捜査の違法は、結局のところ、捜査対象者の法益侵害ないし侵害のおそれを中心として検討されるべきではあるとしても、その際、捜査機関の主観的意図のような法益侵害以外の要素についても、少なくとも違法性を強化する要素としては考慮する余地があると思われる。そうすると、法益侵害型の捜査であっても、その違法判断については、法益侵害以外の要素を無視することはできないように思われる。法益侵害以外の要素が、どのような場合にどの程度影響するのか、さらに検討しなければならないが、少なくとも、捜査違法の検討に際して法益侵害とのおそれ以外の要素を考慮しないという方向で純化しようとする考え方については、なお疑問が残ると言わざるを得ない。その意味で、例えば、任意捜査の限界における相当性判断についても、場合によっては捜査機関の主観的意図のような要素を加味する余地があり得る良いように思われることを確認して

(65) 笹倉宏紀・前掲注(56)192頁参照（「適正さに欠ける」ことは、「違法の言い換え」にすぎず、「内実を突き詰めて考えれば、何らかの具体的な利益侵害、あるいはその可能性を前提とした予防政策的な考慮に還元するほかない」とされる。）

おきたい。

## 第4 自己決定型の捜査

### 1 自己決定の位置付け

前述のとおり、被疑者に働き掛ける捜査は、被疑者の任意協力がある場合には、権利放棄ないし侵害の認容という形となるので、そこに何らかの侵害を想定できたとしても、それ自体を違法評価の根拠とする必要はない。仮に、権利放棄と構成するのであれば、侵害の不存在とみることが可能であるし、仮に、侵害の認容と構成するのであれば、侵害に対する一種の責問権の放棄とみることができよう。それ故、法益侵害を理由に捜査の違法を論じる必要はない。ここで重要なことは、被疑者が任意に、すなわち自ら主体的に権利放棄ないし認容の自己決定を行ったということそれ自体である。

主体的に自己決定を行ったか否かの判断は、必ずしも容易ではない。通常の場合、自己決定は、そこに至るまで多くの情報を収集し、これらを比較衡量し、置かれた条件と環境の中において、自らにとって最も適切であると思われる判断を下すことになるであろう。その場合、置かれた条件と環境によって決定させられたと評価することもできるし、置かれた条件と環境を踏まえた上で、自らの責任で決定したと評価することもできよう。決定させられたと評価する方向に機能する要素と、自ら決定したと評価する方向に機能する要素との総合的評価によって判断することになるだろうが、その判断は容易ではない<sup>(66)</sup>。しかし、いくつかの指標はあり得ると思われるので、その点について検討しておきたい。

### 2 自己決定の前提

自己決定は、これをなし得るだけの事前情報を前提とする。すなわち、自法的に認められた正当な権利を認識し、それを行使し得る状況にあり、かつ、その権利を行使するか否かについて、正しい状況判断が可能な程度の情報を得ていることが前提である<sup>(67)</sup>。例えば、将来の見通しについて、判断可能な程度の基本情報については、捜査機関に対して開示を要求する可能性を認める余地もあり得るとも考えられるし、そのような基本情報の提供は、誘導ないし利益提供と切り離して検討することが可能であるように思われる。取引ないし協議あるいは合意を活用するとすれば、そのような基本情報を捜査機関が独占するのではなく、これを被疑者に提供し、捜査機関と被疑者とが基本情報を共有する中で、被疑者が自らの利害得失を判断し、これに従って自ら自由な自己決定をなし得る環境を提供することが必要になる。捜査機関による一方的侵奪ではなく、捜査機関と被疑者とによる一種の共同作業としての証拠収集と構成する可能性もあり得るのではあるまいか<sup>(68)</sup>。

以上を踏まえると、被疑者が自由な自己決定をするためには、いくつかの前提が必要であるように思われるので、順次検討しておきたい<sup>(69)</sup>。

(66) もっとも、ここでは、いわゆる「決定論」の問題について、突き詰めて検討する必要はない。なぜなら、少なくとも刑事訴訟法は、現実の訴訟手続の在り方を定めた法であって、通常一般人を対象として、彼が被疑者・被告人となった場合を想定して制定されているからである。仮に、被疑者・被告人がおよそ自己決定をなし得ないものとするならば、黙秘権、弁護人選任権を含めて、主体的な権利は、およそ行使することができないことになりかねない。しかし、刑事訴訟法において、そのようなことが予定されているとは到底考えられない。したがって、被疑者・被告人は、主体的な権利行使を自らなし得る主体であって、その限りでは、十分に自己決定の主体として認められなければならない。

(67) 自己決定のための情報取得とは事情が異なるが、例えば、黙秘権の行使については、「情報獲得権」は被疑者の基本的権利であるから、黙秘権の告知も憲法38条1項の要請であると言われている(田口守一・前掲注(7)132頁)。判例は反対である(最判昭25・11・21刑集4巻11号2359頁)。なお、松尾浩也・前掲注(59)118頁、上口裕・前掲注(6)123頁参照。

（１）第１の前提—基本的能力—

ア 自己決定の能力

自由な自己決定の第１の前提は、決定するだけの能力があることである。決定に対して自ら責任を取ることができる主体的能力がなければ、自己決定の結果についてその責めを負わせることはできない。その能力は、捜査時、例えば取調べ時についてみれば、取調べに応じてこれを理解し質問に応じて自ら供述する能力である。

刑事法上の責任能力として問題となるのは、一般には刑法上の責任能力と、刑訴法上の責任能力である。この点につき、刑法上の責任能力と刑訴法上の責任能力とは異なっており、後者は、訴訟において審理を受け得る能力であるから、意思疎通能力ないしコミュニケーション能力であると言われている<sup>(70)</sup>。純然たる訴訟法の領域における訴訟に対応する能力であるから<sup>(71)</sup>、そのような見方は十分に理解できよう。この点、判例は、「被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って十分な防御をすることができる能力」としており<sup>(72)</sup>、意思疎通能力に触れていないが、訴訟能力の判断にとってそれは重要な要素であると理解されており<sup>(73)</sup>、意思疎通能力を前提とすると考えることもできるので、訴訟能力と意思疎通能力とが矛盾するものとは言えないであろう。

---

(68) 高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（2003年）115頁参照。なお、このような発想は、当事者主義に反するように見えるかもしれないが、真の当事者主義は、各主体の正しい自己決定に基づくものであるから、実質的当事者主義には反しないと考えられる。

(69) なお、本来であれば、現実主義との関係についても検討すべきではあるが、この点は改めて検討することとする。田口守一『刑事訴訟の目的』（2007年）100頁，121頁，さらに315頁，川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」刑法雑誌50巻3号（2011年）6頁など参照。

(70) 松尾浩也・前掲注（59）227頁，田宮裕・前掲注（7）29頁，上口裕・前掲注（6）38頁，田口守一・前掲注（7）195頁など。

ところで、起訴後における訴訟能力がそのようなものだとすれば、捜査段階においても、少なくとも同程度の能力は要求されるのではないかと思われる。公判廷における被告人の活動が捜査段階のそれとは異なることを前提としても、捜査が公判の準備としての性格を有することに照らせば、それらの前提となる当事者能力という点ではある程度の共通性を有すると考えられる。特に、被疑者に対する憲法上の各種保障（弁護人選任権、自己負担罪否特権など。さらには適正手続の保障。）を踏まえれば、被疑者についても、少なくとも

- (71) 訴訟能力とは、「一定の訴訟行為をなすに当たり、その行為の意義を理解し、自己の権利を守る能力」とされている（最決昭29・7・30刑集8巻7号1231頁）。したがって、刑法上の責任能力のように「行動制御の可能性」は必要なく、「当該訴訟行為を回避するだけの自由意思が欠けていることまでは必ずしも必要としない」と言われている（最高裁判所判例解説刑事篇平成7年度276頁〔中谷雄二郎〕）。もっとも、判断基準ないし方法については、責任能力と同様に取り扱われることが多かったようである。この点につき、東京高決昭52・4・11刑裁月報3~4巻222頁（「目的的意思活動として欠落するところはなく」「右控訴取下の行為は、すべて了解可能」とする。）、大阪高決平3・12・24判時1427号144頁（「取下の動機として了解できる」）参照。さらに、民事訴訟法32条2項2号も参照。
- (72) 最決平7・2・28刑集49巻2号481頁。もっとも、実際には意思疎通の実効性について検討がされており、必ずしも意思能力の点にのみこだわっているわけではないとされている（福島至「判批」刑事訴訟法判例百選第9版115頁）。さらに同旨、最決平10・3・12刑集52巻2号17頁。ここでは、生活に関連した直接的、具体的事柄や動作の、実用的概念に関しては、意思疎通に大きな支障がないことが指摘されている。さらに、最決平7・6・28刑集49巻6号785頁参照（死刑判決に対する控訴取下げにつき、拘禁反応等に基づく苦痛を逃れるために上訴を取り下げたものと認め、「自己の権利を守る能力を著しく制限されていた」として、本件控訴取下げを無効とした。いわば一種の心神耗弱状態にある場合について控訴取下げを無効としたものであるが、死刑判決に対する取下げという例外的な場合であり、その射程は限られると言われる〔最高裁判所判例解説刑事篇平成7年度283頁（中谷雄二郎）〕。）。
- (73) 最高裁判所判例解説刑事篇平成7年度133頁〔川口政明〕。なお、訴訟行為能力や公判手続続行能力は、訴訟能力の異なった表現局面と解すれば足りると整理されている（同132頁）が、本決定はこれらが表裏の関係にあるものとしたとも理解されている（長沼範良「判批」平成7年度重要判例解説ジュリスト1091号（1996年）162頁）。

自己決定が問題となる場面においては、そのような権利を行使し得る程度の能力を前提としていると考えられるから、少なくともその限りでは、訴訟能力と同程度の疎通能力を要するものと言って良いように思われる<sup>(74)</sup>。

#### イ 意思疎通能力の内容

そこで、その内容についてみると、少なくとも被疑者の自己決定が問題となる場面においては、憲法上保障された弁護を受ける権利が適正な捜査の前提であるから、適正に弁護を受けることによって初めて当事者として捜査機関と対等に向き合うことが可能になると考えることができる<sup>(75)</sup>。この意味で、「精神上の障害その他の事由により弁護人を必要とするかどうか判断することが困難である疑いがある被疑者について必要があると認めるとき」は、「職権で弁護人を付することができる」（刑法37条の4）とされていることは重要であろう<sup>(76)</sup>。もっとも、これは弁護人を必要とするか否かの判断能力を

(74) もっとも、捜査においては、単に訴訟行為を行う能力に対応する能力だけで、全ての捜査に対応できるか疑問がないわけではない。例えば、取調べについてみても、これに応じあるいは拒否し、仮に応じた場合には供述証拠を取捨選択して提供するに相應しい能力を要するのではないとも考えられるので、当該犯罪事実の存否とその内実をめぐる事項（犯行時の行動や意思・感情等）についての理解が十分でなければ、そもそも内容をめぐる意思疎通はできないとも考えられる。その意味で、訴訟行為能力より刑事責任能力に近い面があるかもしれない。

(75) この点、被疑者が捜査の「客体」にすぎないとすれば、防御の観点を重視する必要はないかもしれない。しかし、仮に糾問的捜査観に依拠したとしても、自ら防御し得ないような被疑者から証拠を採取することが適正な方法であるとは考えられないので、得られた情報の証拠能力に疑問が生ずる可能性がある。そうすると、翻って捜査としても許容されない可能性が残るように思われるので、防御の観点についても慎重な考慮を要するように思われる。

(76) 条文上は「できる」となっているが、要件があれば通常は必要であろうとされている（松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（2009年）68頁、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』（2011年）59頁〔岡慎一〕）。したがって、実際上は余り問題を生じないと思われるが、これを義務的と解する見解も有力である（後藤昭ほか『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』（2013年）96頁〔豊崎七絵〕）。

問題とするのであって、意思決定能力あるいは意思疎通能力の問題とは異なっているが、その能力の基礎においては、ほぼ共通の前提があると思われる。その意味において、捜査段階においても、被疑者にはその程度の能力を必要としているものと考えられる<sup>(77)</sup>。

ところで、仮に捜査段階の被疑者がこの程度の能力さえ有していないと判明した場合はどうすべきであろうか。公判段階においては、公判手続を停止することになろう(刑訴法314条)<sup>(78)</sup>。しかし、捜査段階においては規定がない。おそらく、犯行時の刑法上の責任能力について精神鑑定を行い、責任能力がなかったと判断されればそれ以上の捜査を実施することなく不起訴とし、他方、限定的ながら責任能力があったと判断されれば、通常の取調べ等の捜査を実施することになるとと思われる。問題は後者の場合である。限定的ながら責任能力があったと認める場合に、そこから直ちに訴訟能力や捜査段階における意思決定ないし意思疎通能力があったとまでは言えないかもしれないからである。捜査機関としては、鑑定受託者から現時点における被疑者の意思

(77) もっとも、弁護人を付するか否かの判断は、かなり抽象的判断を迫られるものであるから、原則として、弁護人を付するのが相当と思われる。そして、弁護人を付した場合であっても、犯罪事実をめぐって意思決定ないし意思疎通能力がないわけではないから、被疑者本人を対象とする全ての捜査(取調べ等)に弁護人の立会いを要する訳ではないであろう。

(78) 刑訴法314条は、弁護人のみならず、裁判所の後見的機能をもってしても、なお防御を尽くすことができない場合を前提としていると言われる(長沼範良・前掲注(73)162頁)。なお、回復が見込めない場合にも、免訴、公訴棄却等の裁判はできないが、この点は、「立法論として疑問」と言われている(小野清一郎ほか『刑事訴訟法(下)[新版]』[ポケット註釈全書](1986年)836頁)。もっとも、余り長期に及べば、迅速な裁判との関係で問題が生じるとされる(田宮裕『注釈刑事訴訟法』(1980年)353頁)。実際問題としては、検察官による公訴取消しを経て公訴棄却とするのが相当であろうが(最高裁判所判例解説刑事篇平成7年度137頁〔川口政明〕)、裁判所による手続打ち切りを肯定する意見もある(松尾浩也・前掲注(45)163頁、前掲最決平7・2・28における千種裁判官補足意見)。

決定及び疎通の能力について確認するとともに、自ら被疑者を取り調べるなどして、その能力の有無及び程度を確認するべきであろう。しかし、少なくとも犯行時においては刑法上の責任能力があると判断されたのであるから、その後の事情の変更、その他特段の事情がない限り、捜査段階においても一応の意思決定及び疎通の能力があると判断しても、必ずしも不合理とは言えないように思われる<sup>(79)</sup>。

## （２）第２の前提—基本情報の獲得—

### ア 自己決定に必要な情報

自由な自己決定の第２の前提は、決定者が基本情報を取得していることである。例えば、仮に供述するかしないかの判断を行う場合、その利害得失を判断するに足る程度の基本情報を得ていなければ、納得のゆく判断をすることはできない。しかし、被疑者が自らの努力でその情報を得ることができるか否かは疑わしい。したがって、必要があれば、捜査機関に対して、そのための基本情報の開示を求めることを認める可能性についても検討の余地があるのではないかと思われる<sup>(80)</sup>。

確かに、真犯人であれば、当該被疑事実について最も良く知るのであるから、それ以上の情報を獲得しなくても、弁護人の法律的援助を得ながら証拠を提供するか否か、さらには供述するか否かについて、利害得失等を考慮して自ら納得がいくように判断することは可能であるようにも思われる。しかしながら、そもそも被疑者が真犯人であるか否か分からない以上、そのような想定はそもそも相当ではあるまい。

---

(79) もっとも、犯行時から捜査時まで相当長期の期間が経過しているような場合には、事情が変更している可能性が高いので、刑法上の責任能力との相違を考慮に入れても、意思決定及び疎通の能力に変更がないとは必ずしも言いにくいであろう。

(80) 強制処分に対する実効的な権利保障のために、捜査段階において証拠開示を認める見解として、齊藤司「強制処分と証拠開示」法政研究76巻4号（2010年）363頁以下。

そこで、基本情報の開示を認めるとしても、いくつかの問題が残る。第1は、捜査の秘密との関係、第2は、マスコミ報道との関係、第3は、公務員の守秘義務との関係である。

(ア) 捜査の秘密との関係

捜査段階においては、捜査の秘密が保持される必要がある。刑訴法は47条において、「公判開廷前」には「訴訟に関する書類」を公にしてはならないとするとともに<sup>(81)</sup>、「公益上の必要その他の事由があつて、相当と認められる場合」には公にすることを認めている。そこで、捜査機関の情報開示には、被疑者が捜査機関に情報の開示を求めることについても、同条の制約があることを前提とする必要がある。

ところで、判例は、同条の非公開の趣旨につき、「訴訟に関する書類が公判開廷前に公開されることによつて、訴訟関係人の名誉を毀損し公序良俗を害しまたは裁判に対する不当な影響を引き起すことを防止する趣旨」として<sup>(82)</sup>。

問題は、「公益上の必要その他の事由」である。最高裁は、捜査中の別事件によって得られた情報を、必要な限度で本件起訴状に記載した事案について、「検察官が公訴の提起という本来の職務を行うために、その保管にかかる他の被疑事件により知得した事実を公訴に必要なかぎりこれを記載するこ

(81) 松尾浩也監修・前掲注(76)105頁参照(47条は、「捜査の密行性と直接に結びつく」)。「捜査密行の原則」につき、司法研修所検察教官室編『検察講義案〔平成24年版〕』(2013年)18頁。なお、旧刑訴法253条は「捜査ニ付テハ秘密ヲ保チ」と規定していたが、現行法196条はこれを名誉の保護と捜査妨害の禁止に制限したとされている(松尾浩也監修・前掲注(76)368頁、団藤重光『條解刑事訴訟法上』(1950年)359頁)。

(82) 最判昭28・7・18刑集7巻7号1547頁。さらに、仙台高判昭25・12・23判決特報14号204頁参照(捜査過程において、警察が被疑者の氏名住所、犯罪事実を記載した余罪について被害者からの届出を求める「チラシ」を新聞に折り込み配付した事案につき、196条に違反する〔ただし、同条は訓示規定だから破棄理由にはならない〕とした。)

とは、刑訴47条但書の場合にあたりなら違法ということはできない」としている<sup>(83)</sup>。その他、民事訴訟において文書送付の嘱託がなされた場合に、必要性、相当性を考慮して、代替性が乏しい実況見分調書等の客観的資料等の送付については、これに応ずる取扱いがなされており、実務上、これに当たると解されている<sup>(84)</sup>。

なお、判例によれば、文書提出命令（民訴法221~223条）による場合について、「民事訴訟の当事者が、民訴法220条3号後段の規定に基づき、刑訴法47条所定の「訴訟に関する書類」に該当する文書の提出を求める場合においても、当該文書の保管者の上記裁量的判断は尊重されるべきである」とするとともに、「その保管者が提出を拒否したことが、民事訴訟における当該文書を取り調べる必要性の有無、程度、当該文書が開示されることによる上記の弊害発生のおそれの有無等の諸般の事情に照らし、その裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用するものであると認められるときは、裁判所は、当該文書の提出を命ずることができる」とされている<sup>(85)</sup>。文書提出命令については、記録保管者が提出を拒否した場合においても、なお提出させるべきかが問題となっているので、記録保管者が自らの判断で進んで開示しようとする場合の規制とは逆のケースであるから、前者の判断が直ちに後者の判断に直結するわけではない<sup>(86)</sup>。しかしながら、その限りにおいては参考となるように思わ

---

(83) 前掲最判昭28・7・18刑集7巻7号1547頁。

(84) 松尾浩也監修・前掲注(76)107頁。

(85) 最決平16・5・25民集58巻5号1135頁。本件事案においては、共犯者の供述調書につき、保管者の裁量権の逸脱又は濫用を認めず、文書提出命令の中立てを却下した原々審の判断を容認した。

(86) 民訴法220条1~3号と刑訴法47条等との調整が問題となるが（加藤正男「判批」ジュリスト1208号（2006年）200頁）、刑事訴訟に関する書類は、一般義務化された文書提出義務の対象外とされているので（民訴法220条4号ホ）、特に調整が困難である。なお、旧民訴法時代の議論につき、長井秀典「判批」『平成11年度主要民事判例解説』判タ1036号（2000年）256頁参照。

れるところ、これら民事判例を踏まえれば<sup>(87)</sup>、名誉、プライバシー等の侵害という弊害は、単に一般論としてではなく、事案に即して個別具体的に判断すべきものと考えられるから<sup>(88)</sup>、捜査の必要がある限り、捜査機関による捜査の相手方への情報開示の可否についても、一概に拒否すべきものとは思われない。

#### （イ）マスコミ報道との関係

報道の自由については、それだけでは原則として「相当と認められる場合」に当たらないとされている<sup>(89)</sup>。したがって、報道機関が報道の自由のみを理由として捜査資料の公開を求めることはできないであろう。

それでは、捜査機関が進んでマスコミ発表を行っているのはどのように考えるべきであろうか。確かに、捜査段階においても、逮捕など重大な事件の節目においては、捜査機関が自ら捜査状況の一部をマスコミに公表することが行われている<sup>(90)</sup>。しかし、これは、刑法47条に言う「訴訟に関する書類」

(87) その後の判例として、最決平17・7・22民集59巻6号1837頁（捜索差押許可状の提出拒否につき、裁量の逸脱とした。）、最決平19・12・12民集61巻9号3400頁（性犯罪の被害者の告訴状や供述調書等の提出拒否につき、一般論としてプライバシー侵害のおそれを認めながら、本件については裁量の逸脱とした。）参照。その他、東京高判平9・7・9判タ1008号267頁（捜索差押えの執行状況を撮影した写真の提出拒否につき、裁量逸脱とした。）参照。

(88) 証拠提出拒否の裁量については、「当該証拠書類の必要性の有無、程度、当該文書の提出による捜査、公判及び関係者等の名誉、プライバシー等への影響の有無、程度等を総合的に考慮して判断すべきもの」とされている（最高裁判所判例解説民事篇平成16年度（上）357頁〔加藤雅男〕）。

(89) 松尾浩也監修・前掲注（76）107頁。

(90) 捜査機関による秘密の公表については、古くから、「国民的関心に応えるため、秘密利益を侵害しない範囲で正しい発表が要求される」こともあるとの指摘がなされていた（藤永幸治『刑事手続における秘密保持の方策と秘密を公表しうる限界』〔法務研究報告書48集6号〕（1960年）152頁）。一般論としては、「秘密利益と公表・開示利益の比較衡量」を主張されている（同書63頁）。

それ自体の公表がなされているわけではなく<sup>(91)</sup>、それに含まれた（又は含まれると評価できる）情報のみが開示されたのである<sup>(92)</sup>。その意味では、直ちに47条に反するものではないであろう。確かに、プライバシーが流出し、そのために捜査に支障を来す可能性があり得るという点においては、書類の公表と同様の可能性を含むものである。しかし、その程度において、有意の差があると考えることができるし、また、捜査機関自ら公表するのであるから、上記2つの可能性については十分に検討した上、その虞はないと判断したからこそ公表したのでであろう。その意味では、47条の趣旨にも反しないと言うべきであろう<sup>(93)</sup>。

#### （ウ）公務員の守秘義務との関係

さらに、公務員としての守秘義務違反という問題もあるかもしれない<sup>(94)</sup>。守秘義務違反における秘密は、個人的秘密の場合であればプライバシー保護との関係で当該個人の意思に反するか否かを問題とするのが相当と思われる（主観説）が、国家的秘密の場合であれば、国民の知る権利との関係で秘密にする利益が認められる必要があるとされている（実質秘説）<sup>(95)</sup>。この点、捜査情報については、単に個人的秘密にとどまらず、捜査という公的活動において捜査機関がどのような活動をしてきたかを示すことにもなるので、公的な

(91) 「訴訟に関する書類」とは、被告事件又は被疑事件に関して作成された書類を言うとして（小野清一郎ほか『刑事訴訟法（上）〔新版〕〕〔ポケット註釈全書〕（1986年）113頁、松尾浩也監修・前掲注（76）105頁、田宮裕・前掲注（78）64頁）。なお、現行法47条は、旧刑訴法55条を引き継いだとされているが、旧法上は捜査記録も含まれていた（藤永幸治・前掲注（90）101頁参照）。

(92) もっとも、前掲最判昭28・7・18刑集7巻7号1547頁は、検察官が捜査中の他の被疑事件記録中の書類の内容を、本件起訴状の公訴事実中に記載したという場合においても、47条1項の「訴訟に関する書類」を公判の開廷前に公にしたものと解している（判タ33号53頁の匿名解説参照）。

(93) もっとも、裁量の誤りはあり得る。そのような場合には、47条の趣旨との関係で問題は残るかもしれない。

(94) 国家公務員法100条1項、109条12号、地方公務員法34条1項、60条2号参照。

秘密に属する面も否定し難い。そうであれば、プライバシー保護の利益のみならず、捜査利益をも考慮した国民全体の利益とのバランス衡量によって、一定程度の捜査情報の公表は許されて良いように思われる。

そして、個人のプライバシーに関わりのない事項については、捜査利益を考慮して、マスコミに公表することさえ可能なのであるから<sup>(96)</sup>、公表にまで至らない程度の被疑者に対する個別開示は、それが公共の利益に反しない限り、許容されて良いように思われる。その意味において、合理的な理由と必要性とがあれば、証拠内容を被疑者に対して実質的に開示すること自体は、必ずしも公務員の守秘義務には違反しないと言って良いであろう。

#### イ 基本情報の個別開示の方法—情報操作との関係—

以上のように、捜査情報の公開が、本来の職務のために必要である場合、当該事案に即した具体的な弊害が個別的に認められるものでないときは、合理的理由がある限り、公開の余地が認められる。そうだとすれば、捜査における抽象的一般的な必要性を超える具体的個別的な必要性が明らかであって、具体的個別的な弊害が認められない場合には、被疑者に対して捜査情報を個別に開示することは認められて良いように思われる。しかも、この場合の開示は、当事者たる被疑者の主体的自己決定を実現し、これを通じて実質的な当事者主義を実現するためであるから、被疑者の側から開示を求めることを考える余地さえあり得るのではないかと思われる。

そこで、問題は、合理的な理由と必要性である。捜査側の恣意的運用によ

---

(95) 最決昭53・5・31刑集32巻3号457頁。同決定は、いわゆる「違法秘密」があることは認められたものの、その意義・内容については将来に委ねたとされている(最高裁判所判例解説刑事篇昭和53年度161頁〔堀籠幸男〕)。さらに、西田典之『刑法各論〔第6版〕』(2012年)107頁、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』(2009年)179頁参照。

(96) 刑訴法47条の「公にして」とは、一般公開、すなわち「不特定多数の人に開示」することと解されている(松尾浩也監修・前掲注(76)107頁、小野清一郎ほか・前掲注(91)113頁)。

って、利益誘導の材料として開示が用いられたとすれば、合理性を欠くと言わざるを得ないと思われるからである。この場合、取り分け問題となるのは、捜査機関の恣意的判断によって、ある場合には開示され、他の場合には開示されないという不公平が生じる可能性があることである。捜査機関は、開示の裁量権を利用し、自らに有利な証拠を獲得するための「手段」として手持ち証拠の恣意的な開示ないし不開示を実施し、これによって自らに有利な情報操作を行い、被疑者に不利な証拠の獲得を実現するということが起こり得るのではないかの疑問が生じる。果たして、これを適正に制御する方法はあるのであろうか。

ところで、捜査においては、公判段階と異なり、極めて流動的であり、情報が錯綜し、真偽不明の情報や証拠が乱雑に収集されていく可能性も少なくないし、むしろ、そのような状態が常態とも言える。このような混乱の中で、捜査機関がこれらを正確に仕分けし、適切な情報を適切に被疑者に開示することを常に求めることは、相当の困難を伴うであろう。まして、被疑者側の事情が全く不明の段階で、捜査機関が開示すべき情報を適切に選別することは、それ自体著しく困難を強いるように思われる。そうだとすれば、捜査機関の情報操作を制御するためには、第一次的には、被疑者側の要求に応じた情報の提供に限って情報提供を検討することが望ましく、捜査機関側からの積極的な情報開示は認めないという方法も、あり得る選択肢ではないかと思われる。被疑者の証拠開示請求に応じる限度で捜査情報を開示するのであれば、不当な情報操作という非難を回避することも可能であると思われるからである。もとより、何らかの詳細な具体的基準を設けて、捜査機関による恣意的な運用を回避する方法もあり得るかもしれないが、本稿の目的はその詳細を詰めることにはないので、当面、適正な情報提供の可能性があることを確認するにとどめておきたい。

### （3）第3の前提—環境の確保—

## ア 自己決定の環境

自由な自己決定の第3の前提は、自己決定をなし得るだけの環境の確保である。強制・拷問等は言うに及ばず、徹夜の取調べ、宿泊を伴う取調べなども、環境確保の点において問題が残る。このような問題は、これまで、取調べそれ自体の問題として議論されてきたことが多かったと思われるが<sup>(97)</sup>、環境の確保と取調べそれ自体の問題とは区別して検討するべきように思われる。環境の確保は、取調べに限られない。例えば、尿の任意提出、呼気検査、血液検査、さらにはポリグラフ検査などについても、自由な自己決定のためには、環境の確保が不可欠である<sup>(98)</sup>。身柄拘束の被疑者についても、自白の任意性を維持するためには、そのような環境の確保が必要であることは言うまでもない。

## イ 物理的要因と心理的要因

環境の確保は、自己決定を阻害する可能性のある物理的・心理的要因を除去することによって実現することになる。物理的要因としては、強制・拷問はもとより、場合によっては拘束それ自体も要因となり得るかもしれない。心理的要因は、脅迫・偽計はもとより、不当な利益誘導、不当な約束なども要因となる余地はあろう。それらについて、個別にその自己決定に及ぼす影響と程度とを計測し計量しなければならない。

例えば、従来から議論のあった尿の任意提出についてみると、この場合、少なくとも物理的強制はないといて良いであろう。仮に、何らかの物理的

---

(97) 例えば、最決昭59・2・29刑集38巻3号479頁、最決平1・7・4刑集43巻7号581頁など参照。もっとも、これらの判例以前の下級審においては、出頭を伴う長時間の取調べを実質逮捕か否かという構成によって規制を及ぼそうとしたものも少なくない（東京地決昭55・8・13判時972号136頁、富山地決昭52・7・26判時946号137頁、青森地決昭52・8・17判時871号113頁など）。この点につき、植村立郎「任意取調べの限界」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅰ捜査』（1998年）65頁以下参照。

(98) 例えば、深夜の取調べの後の尿の提出につき、東京高判昭61・2・27判時1214号135頁、東京地判昭62・6・26判時1263号51頁など参照。

強制があったとすれば、それはそもそも任意の提供とは言えない。もっとも、物理的有形力の行使も、強制にわたらない場合もあり得るので、その限りでは、必ずしも常に自由な意思決定を害するとは言えない。例えば、立ち去ろうとする者の手首を掴んで引き戻す程度であれば、強制にわたらず、意思決定の自由を害するとも言えないであろう<sup>(99)</sup>。しかし、その程度を越えた場合には、違法となるのであるから、特段の事情がない限り、自由な意思決定を害するものと推認されてもやむを得ないであろう。したがって、物理的要因がある場合には、原則として、自由な自己決定を害されたものと考えて良いであろう。

それでは、心理的要因はどうであろうか。心理的要因としては、圧迫型と利益提供型が想定される。圧迫型は、脅迫などが典型的であり、偽計も、捜査機関の意に沿うような自己決定をさせるために虚構の事実を述べるものであるから、自己決定に緩やかな圧力を加えるという意味では、脅迫の変形とも考えることができる場合も少なくない<sup>(100)</sup>。この場合には、自己決定に対して直接圧迫を加える場合と、自己決定以外の事情に圧迫を加え、間接的に自己決定に影響を及ぼす場合とが想定される。前者については、自己決定の自由を害する虞があるものとして、一般的には許容されないであろうから、適正な自己決定を行う環境が保持されているとは言えないであろう。後者については、事情が多様であって一概には言えないが、場合によっては前者と同様に考える余地もあり得るであろう。

#### ウ 利益提供と自己決定

これに対し、利益提供は約束が典型的であるが、約束にまで至らない単なる一方的な利益提供もあり得よう。利益提供は、自白については虚偽自白の

---

(99) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。前掲東京地判昭62・6・26判時1263号51頁も、後ろから手を掛けてとどめ、午前1時ころから午前9時5分ころまで取調室に留め置いたことも実質逮捕には当たらないとした。

(100) 浦和地判平3・3・25判タ760号261頁における検察官の主張に対する反論参照。

要因として、これに基づく自白は古くから排斥されてきた<sup>(101)</sup>。確かに、利益に誘引されて虚偽の自白を行う余地は否定できないであろう。自白の場合には、虚偽も真実もいずれでも自由に述べることができ、また虚実織り混ぜて述べることさえ可能であるから、単に、自由な自己決定がなされれば足りるというわけではない。しかしながら、尿の提出のような場合には、自由な自己決定さえあれば、その後はこれに従い物理的プロセスに沿って尿を提出するだけであって、その過程に何らの恣意性が介在する余地はない。尿の提出のためにどのような利益提供がなされようとも、提出された尿の証拠としての価値には全く変化がない。その意味で、自白の場合とは証拠取得の構造が全く異なっている。したがって、自白法則の議論を無条件で持ち込むことは相当ではないように思われる。

他方、違法収集証拠排除法則については検討の余地はあるかもしれない。しかし、果たして利益提供は違法なのであろうか。これが仮に約束の形式を取った場合にはどうであろうか。約束であれば、当事者が納得の上で合意したとする限り、これを直ちに違法とは言にくいであろう<sup>(102)</sup>。尿の提出と被疑者が受けるべき利益とが等価関係にあると判断して、合意の上で約束されたとなれば、内容的にも必ずしも不合理とは言えない。もちろん、両者の等

---

(101) イングランドにおいて自白法則が初めて認められた際にも、「期待を抱かせるような甘言」が自白が排除される理由の一つとされていた(稲田隆司「自白法則と虚偽排除説—コモン・ローにおけるその成立と展開—」法政理論30巻4号(1998年)48頁、同『イギリスの自白排除法則』(2011年)8頁)。

(102) 約束自白につき、一般には違法性が乏しいと言われており(山田道郎『証拠の森—刑事証拠法研究—』(2004年)115頁、米山正明「利益誘導と自白の任意性」判タ922号(1997年)44頁など)、『不適當』さは説明し得ても、『違法』という評価を基礎付け得るかは、疑問である」とも言われている(大澤裕「自白の任意性とその立証」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点』〔第3版〕(2002年)172頁)。これに対し、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟法の基本構造(下)』(1997年)537頁注(7)は、「直ちに違法ではないといえるわけではない」とされる。

価値が著しく不均衡であって、客観的にみて明らかに等価とは言えない場合には、衡平の観点からこれを是正するべきであると考え余地もあるから、その限りにおいて違法とする可能性はあり得るかもしれない。しかし、そうでない限り、当事者が納得した上で合意した以上、その内容の故に直ちに違法だとは言えないように思われる。そうだとすれば、自己決定を促進するために何がしかの利益提供がなされたとしても、真摯な合意がある限り、直ちに不当とまでは言えないであろう。

それでは、合意がなく、一方的に利益が提供され、これを被疑者が独自に解釈して自ら決断を行った場合はどうか。この場合には、自己決定それ自体は自由になされているように見える。しかし、そこに至る過程において、提供された利益が影響を及ぼしている。この場合、及ぼした影響の大きさ、自己決定の自由を害すると言えるか否かによって判断することになるように思われる。換言すれば、単に影響を及ぼしたこと自体では自己決定が害されたとは言えないが、その影響が不当に過大であって、客観的にみて自己決定をせざるを得ないと考えられるほど強度な影響を及ぼしたと認めることができる場合にのみ、自由な自己決定がなされたとは言えないと評価すれば足りるように思われる<sup>(103)</sup>。

もっとも、そのような評価は必ずしも容易ではない。それは、刑訴法が予定する被疑者の主体性をどのように理解するかによっても異なってしまう<sup>(104)</sup>。仮に、人間として自らの自己責任に基づいて主体的に判断ができる者を想定して検討するのであれば、捜査側の一方的な利益提供については、これを利用するか否かを含め、全て被疑者に委ねられているのであるから、その上で

---

(103) 他者による働き掛けによって何らかの行動に出たからといって、直ちに自己決定の侵害と捉えることは難しいとの指摘がなされている（佐藤隆之「被疑者の取調べ」法学教室263号（2002年）139頁）。また、捜査機関からの働きかけでやむなく同意する場合、意思決定の自由は害されていないが、精神的・肉体的苦痛や疲労を与えるので、一定の規制をすべきとの指摘もある（川出敏裕・前掲注（6）37頁）。

自らの自己責任で判断した以上、それ相応の責任を果たすべきは当然であろう。これに対し、被疑者は人間として極めて意志薄弱な非主体的存在であって、弁護人の援助なくしては到底自ら責任を負うような判断を行うことができないものであるとすれば、彼の自己決定には殆ど自由度がなかったということにもなり得るであろう。

しかしながら、刑訴法は、拘束中の被疑者についても取調べを認め、特段の事情がない限り、そのような被疑者の供述にも任意性を認めており、また、被疑者の任意提出や、さらには、場合によっては承諾捜索をも肯定しているのであるから<sup>(105)</sup>、その前提としては、相応の主体的人間を想定しているものと考えられるのではあるまいか<sup>(106)</sup>。そうであれば、主体的判断主体としての自己決定を相当程度認めたとしても、必ずしも法の趣旨に反するものとは言えないし、むしろ、そのような主体性を認め、自己決定を高めることこそ刑訴法の趣旨に沿っているものと考えられることもできよう。そのような人間観を前提とすれば、前述のように一方的に捜査機関が利益を提供した場

(104) この点につき、団藤重光「刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト905号(1988年)44頁、上口裕「刑事手続と自己決定」刑法雑誌41巻3号(2002年)62頁、山名京子「被疑者・被告人の自己決定」ジュリスト1148号(1999年)96頁など参照。さらに、拙稿「取調べの限界—主体的選択と「任意性」の在り方を巡って—」広島法科大学院論集8号(2012年)80頁参照。

(105) 福岡高判平5・3・8判タ834号275頁、田宮裕・前掲注(7)112頁、松尾浩也・前掲注(59)75頁、田口守一・前掲注(7)48頁。なお、犯罪捜査規範108条、100条参照。さらに、井上正仁・前掲注(21)9頁参照(「真に有効な同意」があれば、「承諾留置」も「理論的には」否定する理由はない)。

(106) 最決平21・7・14刑集63巻6号623頁も、即決裁判手続に関して、被告人自らの選択につき、「被告人による自由意思による選択」と判断している。ただし、弁護人の確かな助言を得られることを前提としていることにも留意を要する(三浦透「判批」ジュリスト1445号(2012年)93頁)。もっとも、そのためには検察官、裁判官の協力も不可欠であると言われる(高倉新喜「判批」平成21年度重要判例解説ジュリスト1398号(2010年)224頁)。

合においても、自己決定の自由度はかなりの程度認められて良いように思われる。したがって、他に特段の事情がない限り、一方的な利益提供を受けた場合であっても、その利害得失を自ら判断し、これに従って自己決定を行うことができるものと考えて良いように思われる。

#### （4）小括

以上、自己決定の前提を検討してきたが、このような前提が充たされた場合、当面、自己決定は適切であり有効であると評価することができよう。通常の一般人であれば、そのような前提が充たされた場合には、特段の事情がなければ、一般的にみて合理的な自己決定を行うものと考えられるし、その決定内容も、原則として適切なものと考えることができるからである。

しかしながら、特段の事情があるような場合には、必ずしも合理的とは言えない自己決定がなされる可能性は残されている。そこで、念のため、そのような自己決定の内容（その対象と内実）の妥当性について検討しておきたい。

### 3 自己決定の内容

#### （1）自己決定の判断基準

相手方の自己決定を前提とする捜査には、いわゆる取引を通じて証拠を収集する場合（「取引型」）と、捜査の相手方が取引と関係なく自ら進んで提供した証拠を捜査機関が取得する場合（「非取引型」）とがあり得る。そこで、その区分に応じて、それぞれについて自己決定の内容の合理性と妥当性について検討しておきたい。しかし、そもそも内容の合理性と妥当性とは何か、また、これをどのような基準で判断するのかについては、必ずしも明らかとは言えない。そこで、この点から検討しよう。

この点で、まず強調しておくべきことは、自由な自己決定の検討において

留意する必要があるのは、その自己決定が純客観的に正しい決定であったか否かというよりも、自己決定当時の判断として、自ら納得がいく決定であったか否かということである。確かに、純客観的に正しいか否かが判断可能であれば、純客観的に正しい決定であることが望ましいであろう。しかし、純客観的に正しいか否かは、必ずしも容易に判断できない。判断が容易でないときに、常に純客観的に正しい判断を求めなければならないとすれば、事後になって自己に不利な判断であったと判明した場合には、実は客観的に正しくなかったという主張を容認することになりかねないと思われる。なぜなら、通常の合理的な証拠提供者にとって、一般的には、自己に不利な決定をすることが客観的に正しく合理的な判断であったとは考えにくいからである。しかし、そうなると、被疑者の自己決定を経て得られた証拠の許容性は、証拠使用時における被疑者の意思に左右されることになりかねない。というのは、証拠使用時点において被疑者が異を唱えれば、客観的には被疑者に不利な証拠であるから、特段の事情がない限り、自己決定当時から意に沿わなかったものと推認され、客観的に正しい自己決定はなかったということになりかねないからである。もとより、自己決定の当時に主観的に納得していたか否かの判断も容易ではないが、周囲の事情から決定者の納得を推認することは、必ずしも不可能とは思われない。少なくとも、純客観的に正しいか否かの判断よりは容易ではあるまいか。もとより、客観的な公平性、あるいは客観的な正しさも、判断可能である限り取り入れるべきであって、そのこと自体を否定するものではない。ただ、それのみで決することは相当ではないと思われるのである。そうだとすれば、大きな枠組みとしては一応客観的な判断に従いながら、その中において具体的個別的な判断は、当事者の主観的納得に従うのが良いように思われる。

そこで、このような大まかな判断基準を一応の前提として、まず「取引型」について、引き続き「非取引型」について、その各内容を検討してみたいと思う<sup>(167)</sup>。

## （２）取引型捜査の場合

### ア 取引における等価性

取引型捜査において、捜査の相手方の自由な自己決定があったと言えるためには、自己決定によって提供する証拠と、捜査機関が提供する利益との間に、ある程度の等価性が必要であるように思われる。もちろん、この場合の等価性は、前述のとおり、必ずしも純客観的である必要はないが、自己決定を行う者がそれなりに納得がいく程度の等価性であることは必要であろう。等価性の判断方法や考慮要素の点は措くとしても、少なくとも等価という意識がなければ納得がいく自己決定がなされたとは言い難いように思われるからである。

そこで、対価の等価性という観点から検討してみよう。等価性という場合、客観的な等価性と、主観的な等価性を考えることができるが、先に検討したように、一応の概括的な客観的等価性<sup>(107)</sup>を前提としつつも、当事者が主観的に等価と考えるものであれば良いと思われるので、等価性というのも、そのようなものとして検討することとしたい<sup>(108)</sup>。

### イ 取引における対価交換

取引とは、一般には対価交換である。交換されるのは、捜査側の利益と相手方の利益である。捜査側の利益は、捜査のための証拠獲得である。相手方の利益は、捜査の断念ないし軽減である。両者は一種のトレードオフの関係

---

(107) 「取引型」の場合には合意ないし協議によるから、主に対象となった中身が「自己決定の内容」として問題となるが、「非取引型」の場合には一方的な自己決定であるから、主に決定それ自体の中身が「自己決定の内容」として問題となる。いずれも、広い意味では自己決定の「内容」と言えるので、ここでまとめて取り扱うこととしたものである。

(108) ここで、「概括的な客観的等価性」というのは、およそ誰が見ても等価とは評価できないような場合ではないこと、という程度のかなり幅広い等価性である。

にあるから、捜査側は、捜査の軽減ないし断念という負担を負うことによって、捜査進展のための証拠を獲得する。相手方は、捜査のための情報資料たる証拠を提供するという負担を負うことによって、自らに対する捜査の軽減ないし断念という利益を獲得する。この両者の対価交換によって、双方とも納得するのが取引である。

ところで、相手方の情報資料ないし証拠の提供は、相手方の自己決定に基づいてなされる。この自己決定は、供述の提供であれば黙秘権ないし供述拒否権の放棄となり、供述以外の資料提供であれば占有権ないし所有権等の放棄である。捜査側は、相手方に放棄させる代償として、捜査の軽減ないし断念という利益を相手方に提供する。この利益提供と相手方の権利放棄とが等価交換されることになる。例えば、共犯者の供述を得るために、捜査側は共犯者の訴追という捜査利益を断念し、これに対し、共犯者側は、自らの訴追断念という利益を得るために、共犯供述を提供するのである<sup>(109)</sup>。問題は、これらの相互交換が対価として対等と評価され得るかということである。仮に、対等でないとすれば、その取引は不当な、場合によっては違法な措置と評価される可能性もある。なぜなら、取引は、対等な（少なくとも主観的に対等な）対価交換であることによって正義と公正を維持することができるからである<sup>(110)</sup>。

#### ウ 対価の等価性

---

(109) なお、いわゆる約束白との関係で、そもそも取引は利益誘導として許されないとする立場が多いようであるが、弁護人と事前に相談するなどの手続が採られた場合には、一律に証拠能力を否定するべきではないと立場も有力である（加藤克佳「日本の刑事裁判と合意手続」刑事法ジャーナル22号（2010年）11頁、川出敏裕「司法取引の当否—刑事法の視点から」公正取引617号（2002年）25頁、池田公博「新たな捜査手段—いわゆる『司法取引』との関係を中心に—」ジュリスト1370号（2009年）99頁など）。なお、2009年法改正以前のドイツにおいても、被告人の自由な意思決定の保障が弁護人に期待されており、弁護人がその役割を果たす限り合意は許されて良いと言われていた（赤松亨太「ドイツ刑事裁判における合意の実情」判タ1264号（2008年）111頁）。

そこで、この対価交換が、果たして等価と言い得るかが問題となる。この点、仮に取引が成功したとすれば、当事者はいずれも相応の「納得」があったのであるから、当事者がそれなりに等価であったと評価していることは明らかであろう。もっとも、等価性の判断が、純然たる当事者の「納得」だけで足りるかについては、さらに検討を要する。仮にそれで足りるとすれば、事案によって区々たる等価性が存在することになり、必ずしも合理的判断とは言えないことになりかねないからである。もし合理性に欠ければ、その合意の効力に疑問が生じる余地があるかもしれない。それでは、等価性の合理性とはいかなる基準によって判断すべきであろうか。

この点、合理性は、少なくとも後日検証可能な程度には「客観的」であることを必要としよう。そうでなければ、そもそも合理的であったか否か判断できないからである。しかし、同時に当事者の「納得」も重要な要素となるのであるから、両者のバランスを図る必要があるだろう。利害得失を十分に検討

- (110) 日本において検討されている協議ないし合意における恩典は、検察官の訴追裁量権を通じた起訴猶予ないし縮小起訴であるが（池田公博「供述証拠の獲得手段—協議および合意、刑の減免と刑事免責」法学教室398号（2013年）14頁）、当事者の納得や等価性等を考慮するのか否かは不明である。この点につき、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会第20回会議（平成25年6月14日開催）配付資料62「作業分科会における検討（1）」11～14頁（[http://www.moj.go.jp/keijil/keijil4\\_00079.html](http://www.moj.go.jp/keijil/keijil4_00079.html)）及び第1作業分科会第6回会議（同年9月11日開催）配付資料7-2「捜査・公判協力型協議・合意制度」（[http://www.moj.go.jp/keijil/keijil4\\_00084.html](http://www.moj.go.jp/keijil/keijil4_00084.html)）、同特別部会第21回会議（同年11月7日開催）配付資料63「作業分科会における検討（2）」5～7頁（[http://www.moj.go.jp/keijil/keijil4\\_00089.html](http://www.moj.go.jp/keijil/keijil4_00089.html)）参照。さらに、加藤克佳「日本の刑事裁判と合意手続」刑事法ジャーナル22号（2010年）2頁以下、特に10頁以下参照。
- (111) ドイツ刑事訴訟法において2009年に導入されたいわゆる「合意手続」については、「職権探知主義」と「合意原理」との緊張関係が重要な原理的問題として議論されているようであるが（マティーアス・ヤーン〔加藤克佳＝辻本典夫訳〕「ドイツにおける合意手続導入のための刑事訴訟法改正—施行2年後の展開と傾向—」刑事法ジャーナル33号（2012年）77頁参照）、日本においては、より当事者主義に沿って検討すれば良いのではあるまいか。

し、あらゆる可能性を考慮した上で、理性的かつ冷静な自己決定を行ったのであれば、第三者の観点から客観的にみて必ずしも対等な取引とは言えないように見えても、当事者にとっては合理的選択であったということは十分にあり得る。したがって、最も重要なことは、当事者の観点からみて合理的判断であったと評価することができるか否かである。純客観的に合理的であったか否かを判断するわけではない。なぜなら、当事者にとって合理的であると判断できたのであれば、当事者は十分に「納得」しているはずであって、第三者が異議を唱えるべき理由はないからである。この意味において、当事者の「主観的合理性」こそが最も重要な判断基準と考えることができる。もとより、既に検討したように、自己決定それ自体にとって必要な前提条件を満たすことは不可欠ではあるが、これらの前提を満たす限り、決定内容の合理性は「主観的合理性」で足りるように思われる。「主観的合理性」は、「主観的」であるから、当事者にとっての「合理性」であって、その判断は、「合理性」であるから、当事者の意思を含めつつある程度客観的資料に基づいてなされる必要がある。比喩的に言えば、純客観的判断と純主観的判断の中間に位置するある程度主観的な客観判断と考えて良いであろう。

このような「主観的合理性」に裏付けられた内容の自己決定である限り、その意思を尊重すべきであるから、これに応じた捜査は、適法な捜査と評価することができるように思われる。

### (3) 非取引型捜査の場合

#### ア 捜査協力型の取扱い

非取引型の捜査においては、捜査の相手方が自ら提供する証拠を捜査機関が一方的に取得するのであるから、捜査機関は対価を供与することはない。したがって、ここでは、「対価」の問題ではなく、自己決定の内実それ自体として、「正しい」自己決定であったか否かが問題となる。「正しい」かどうかは、客観的合理性が確認できる程度の主観的納得に基づくかどうかである。

この問題も、広い意味では自己決定の内容とも言えるので、ここで検討しておきたい。

捜査の相手方が、対価を享受することなく一方的に証拠を提供するのは、次のような場合が想定される。第1に、捜査に協力する意向が強く、およそ対価を要求しないような場合である。第2に、捜査機関に服従したため、そもそも対価を要求する意思がないような場合である。

第1の場合には、積極的に捜査に協力するのであるから、捜査のために必要であるとして捜査機関から提供を求められた場合には、自らが保管し所持する証拠であれば進んで提供する。有形無形を問わない。証拠物の場合（任意提出）もあれば、情報供述の場合（取調べ）もある。捜査機関からの要求があったにせよ、自ら進んで協力するという意思と認識のもとに自己決定を行ったのであるから、自己決定それ自体には瑕疵はないと考えられる。確かに、捜査機関への協力が迎合となる場合もあり得よう。しかし、その場合であっても、極端な迎合でない限り（少なくとも当該自己決定が彼の真意と評価し得る限り）、自ら納得した上で捜査協力をしているのであるから、自己決定それ自体に瑕疵があるわけではない。また、捜査機関は、相手方が迎合するように仕向けるかもしれない。しかし、そうであっても、相手方は、自らの責任で、証拠提供の利害得失を検討した上で、敢えて協力し証拠を提供しようという自己決定を行ったのであるから、その判断の過程に違法性を見出すのは困難であるように思われる。さらには、捜査機関に協力せざるを得ないような環境に追い込まれ、進んで協力しているものと錯覚していると考え余地もあり得るかもしれない。しかし、そうであっても、そのような環境について正しい事実認識がある以上、そして、そのような環境であれば一般人であっても進んで協力することがあり得るのであれば、協力したこと自体は決して錯覚などではないというべきであろう。

以上、いずれにせよ、第1の場合については、自己決定の自由性を疑うべき事情はなく、その限りでは正しい自己決定があったものと評価することが

できよう。

### イ 捜査非協力型の取扱い

これに対し、第2の場合には、捜査機関に服従するに至った経緯を明らかにする必要がある。もとより、その経緯に不合理な点がなく、通常人であれば服従するのがもっともであるような状況であれば、その服従に問題はない。そうであれば、その中で行われた自己決定は、自由であって尊重に値する。しかし、服従したのが、捜査機関の不当な圧力に屈したということも考えられる。仮にそうであれば、自由な自己決定がなされたとは言えない。捜査機関は、自由な自己決定をなすべき環境、すなわち、その状態の中に置かれた通常人であれば、一般的に自由な自己決定をすることができるような環境を提供しなければならなかったのである。

#### (ア) 虚偽情報提供型

この点で問題となるのは、捜査機関による環境設定の中に、虚偽情報の提供が含まれていた場合である。例えば、警察署内において尿の任意提出を求めるときに、トイレが故障しているからその場で排尿容器に排尿してもらいたいと申し向け、これを信じた相手方が捜査官の差し出す排尿容器に排尿した場合、あるいは、廃棄物として捨ててやると申し向けて尿の提出を受けた場合など、積極的に虚偽情報を申し向けて決意を促した場合である<sup>(112)</sup>。また、湯飲みを出してお茶を勧め、相手方が手に持った湯飲みを直ちに回収して、そこに付着したと思われる指紋を採取し照合する場合、さらには、自然に抜け落ちた毛髪を相手方の不知の間に拾ってこれを鑑定に付するような場合など、消極的に錯誤ないし不知を利用した場合である。

第1に、積極的に虚偽情報を提供して自己決定を促す場合には、既に別稿<sup>(113)</sup>で検討したように、尿を提出するという自己決定それ自体には全く瑕疵はな

(112) これらの場合につき、拙稿「目的外に使用されない『期待』」研修779号（2013年）3頁以下参照。

い。瑕疵があるのはその前提となった動機部分にすぎないのであるから、必ずしも直ちに違法ないし無効とまでは言えないように思われる。物の提出の場合には、仮に提出自体に錯誤があったとしても、物の形状・性質には全く変動がないのであるから、動機の錯誤と提出の錯誤とは分離して検討することができるように思われる。これに対し、供述を求める場合には、動機と供述との分離は必ずしも容易ではなく、動機の錯誤が直ちに供述内容に影響するとも考えられる。供述は繊細であって、動機の錯誤があれば、供述しようという意思決定に影響を及ぼし、それが供述内容にも影響を及ぼすことが少なくない。そもそも法は、供述については黙秘権を認めながら、物の提出についてはこれに対応する権利を認めていないのである。両者は区別して考えることができる。この意味で、供述の取得については、動機の錯誤を利用することは相当でないとしても、物の取得については必ずしもそうとも言えず、一定程度の錯誤であれば、これを利用する余地もあり得るように思われる。

第2に、消極的な錯誤を利用する場合はどうか。この場合には、相手方は既に錯誤に陥っている。仮に告知すれば錯誤を解消することが可能であるのに敢えて告知することなく、相手方が錯誤に陥っている状況をそのまま利用するのである。解消可能であれば、告知するべきだとも考えられるが、そもそも捜査において、これから捜査する内容について、相手方に告知する義務を認めることは困難というべきであるから<sup>(113)</sup>、相手方に告知してその錯誤を解消する義務を捜査機関に認めることは難しいように思われる。

第3に、相手方が全く不知の場合はどうであろうか。この場合には、そもそも錯誤さえないのであるから、錯誤の問題を生じることはない。したがって、例えば、犯行現場に犯人が遺留した遺留物を領置することと何ら変わる

---

(113) 拙稿「任意捜査の限界—偽装型捜査の許容性とその限界—」広島法科大学院論集9号（2013年）165頁以下。

(114) 捜査の密行性について、拙稿・前掲注（113）165頁注（116）参照。さらに、松尾浩也監修・前掲注（76）105頁参照。

ところはない。この場合、違法の余地はないと言って良いであろう。

以上のような類型の非取引型捜査においては、仮に捜査機関による環境設定に際して、幾ばくかの虚偽情報が含まれていたとしても、それが直ちに相手方の自己決定に影響を及ぼすわけではない。その限りでは、少なくとも物としての証拠提供については、相手方の自己決定を促す方法として、多少の虚偽情報を活用することは許容範囲内にあると考えて良いように思われる。

#### (イ) 圧力屈服型

他方、捜査機関の圧力に屈したと評価される限り、これを許容する余地はないであろう。もっとも、捜査機関から何らかの圧力が加えられたとしても、それ故に直ちに自己決定が害されたとまでは言えない場合もあり得る。圧力にも軽度から重度まで程度を想定することができるからである。軽度の圧力であれば、なお自ら進んで自己決定を行ったと評価する可能性も残っていると思われるので、そのような場合には、必ずしも常に圧力に屈したと評価しなければならないわけではないであろう<sup>(115)</sup>。

それでは、圧力に屈したと評価できるか否かについては、どのように判断するのであろうか。おそらく、置かれた環境の客観的状況に照らして、通常の一般人であれば圧力に屈してやむなく提供するに至ったと考えられるか否かを判断することになるのであろう。それ故、まず、置かれた環境について客観的に把握することが必要である。捜査機関の意図は別として、その発せられた言葉や為された言動などを冷静に確認していくことになろう。

この点で参考になるのは、搜索ないし検索に承諾があったか否かが問題となる場合である。もちろん、この場合は法益侵害型であるから、既に検討したように、承諾の有無が直ちに違法の根拠として機能するわけではないが、圧力に屈したか否かの判断を検討する限りにおいては参考になると思われる

---

(115) 堀江慎司・前掲注(10)17頁参照(「意思決定の自由度」に程度を想定できるとするのが自然であるとされる。)

ので、必要な限度で検討しておきたい。

例えば、自動車の車内に乗り込み、背もたれを倒したりシートを前後に動かすなどして、4人がかりで車内を丹念に調べた場合に、被告人の承諾が問題となった事案について、「本件検索の直前まで、本件自動車内の検索を拒絶し続けていたもの」で、また「直前においても、(略) 齋木巡查部長から本件自動車の中の検索を行うことを告げられたのに対し、被告人が『しょうがない』という趣旨のことを述べたことが窺われるに過ぎない」から、「被告人の任意の承諾があったとは到底認められない」とした控訴審の裁判例がある<sup>(116)</sup>。ところが、その第一審は、被告人が「しょうがない」という趣旨のことを述べているほか、本件「車両の検索に対して、被告人は特別文句をいようなことはなかった」ことなどをも併せ考慮して、「積極的にとまではいえないけれども、これに対し承諾をしたものと認めるのが相当である」と判断していたのである<sup>(117)</sup>。この対立する判断につき、第一審の判断も「あなたがち不当ということはできない」が、他方、拒否しつづけていたことを考慮すると「真意に基づくものということはできない」との見方にも「十分に合理性がある」と評されている<sup>(118)</sup>。

このように、承諾の有無に関する評価は、極めて困難であるが、「しょうがない」というのは、通常の場合、諦めの発言であろうから、特段の事情がない限り、これをもって直ちに真摯な承諾があったとみるのは困難であるように思われる<sup>(119)</sup>。また、明確な拒絶をせず、拒否の態度を示さなかったことは、黙示の承諾を認める大きな要素となることが多いものの、それは諦念あ

(116) 東京高判平6・7・28高刑集47巻2号267頁（最決平7・5・30刑集49号5号703頁によって、「承諾はなかったとする原判断に誤りがあるとは認められない」とされている。）。

(117) 東京地判平5・11・18〔刑集49巻5号736頁に掲載〕。

(118) 最高裁判所判例解説刑事篇平成7年度225頁〔今崎幸彦〕。さらに、津村政孝「判批」法学教室182号（1995年）89頁（控訴審の判断に賛成）参照。

るいは開き直りなど、必ずしも真意によらないことが少なくない。発言や行動の真意を探ることは容易ではなく、全体の流れを見据えて合理的な推認を積み重ねるほかはない。少なくとも、言動の表面的な現象のみを捉えて一方的に推認することは相当ではあるまい。本件では、4名の警察官による徹底した探索がなされており、全体的にみると家宅搜索に類する態様であって、いわば有無を言わせぬ重い雰囲気を推認することができる。したがって、そのような環境と条件の下において積極的拒絶を示さなかったからといって、直ちに承諾があったものとは認められないように思われる。

なお、所持品検査について承諾の有無が問題となったものとして、黙示の承諾を認めた事案もあるが、これらはいずれも、単に明確な拒否の態度を示さなかっただけではなく、警察官に対する抵抗もなく、比較的平穏な態度でなすがままに委ねていたと評価できるような事案である<sup>(119)</sup>。これに対し、捜査官が比較的強硬な態度をとって、言語による指示命令を出したり<sup>(120)</sup>、また、それなりの有形力行使を加えたような場合<sup>(121)</sup>には、承諾を否定されている。やむを得ないものと思われる。

(119) これに対し、福岡高判昭50・6・25刑裁月報7巻6号660頁（免許証不携帯の被告人に自動車内を捜すよう促したが、荒々しい態度で拒否し一向に捜そうとしないので、車内を捜しても良いかと問うと、「捜すなら勝手に捜せ」と答えた場合に、任意の承諾があったと認めた。）、東京高判平8・12・25東高刑時報47巻1~12号150頁（「見るなら勝手に見てくれ」と述べたが、その前に財布（後に覚せい剤在中と判明）を尻の下に敷いて隠したほか、威圧的言辞や実力行使がなかった事案で、任意の承諾を認めた。）参照。

(120) 例えば、東京高判昭51・2・9刑裁月報8巻1~2号6頁（革マル系学生集団に対する機動隊員の所持品検査）、大阪地判昭47・12・26判タ306号300頁。

(121) 大阪高判昭56・1・23判時998号126頁（「身体検査をする、立て」などというとともに、両手で立ち上るように促した事案。なお、同判決によると、一審判決は承諾を肯定したとのことである。）、名古屋高金沢支判昭56・3・12判タ450号154頁（「ガサピラ（搜索差押許可状）でガサするんやぞ。持物を全部出して見せろ。」と要求した事案）。

結局のところ、被告人の置かれた環境と条件を具体的に検討し、一般通常人であれば承諾せざるを得ない状況であったか否かを個別具体的に判断することになるが<sup>(122)</sup>、その際、環境と条件を踏まえた言動の真意を正しく解釈することに特に留意する必要があるように思われる。

そのほか、任意同行についても承諾の有無が問題となるが、この場合には、拘束か否か（したがって、逮捕か否か）が直接問題となるから<sup>(123)</sup>、拘束と言える程度の有形力行使ないし強度の圧迫感が問題となるのに対し、所持品検査については、せいぜいポケットに手を差し入れる程度であるから、必ずしも強度の有形力行使や圧迫感を加えないで意に反する検査をすることができる点において、性質上、承諾を認めにくいように思われる。その意味において、身体の自由のような重要な権利侵害を伴う場合には、強度の圧迫ないし有形力行使を伴う場合に初めて承諾がないと評価し得るのに対し、比較的軽微な侵害の場合には軽度の侵害であっても承諾がないと評価する場合が多いのではないと思われる<sup>(125)</sup>。このように、同じく承諾といっても、具体的環境と侵害利益の内容等に応じてこれを認める限界が異なっているので、ある程度類型毎に具体的状況を踏まえて判断することが必要であろう。

(122) 札幌高判昭57・10・28判時1079号142頁（説得もせずに腕や手を押さえてポケットを探るなどした事案）。

(123) この点で、最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁以降の下級審の裁判例は、同判決が、必ずしも諾否の態度が明白でない場合につき承諾なしとしたことが影響して、黙示の承諾を認めない傾向にあると指摘されている（最高裁判所判例解説刑事篇昭和63年度347頁注5〔原田國男〕）。

(124) 例えば、小田健司「任意同行と逮捕の始期」新関雅夫ほか編『増補令状基本問題（上）』（1996年）130頁、三井誠・前掲注（27）86頁、田口守一・前掲注（7）47頁、119頁、上口裕・前掲注（6）80頁、田村政喜「判批」刑事訴訟法判例百選第9版（2011年）15頁など。

(125) 任意同行については、「内心ではいやだと思いつながら渋々同行した場合でも任意と言いうる場合がある」と言われている（熊谷弘「任意同行と逮捕の限界」捜査法大系I（1972年）49頁）。

#### （4）小括

以上のとおり、自己決定型の捜査の場合には、相手方が合理的な自己決定を行うに足りるだけの能力を有し、決定することができるだけの情報を得ており、しかも決定するに相応しい環境と条件とが整っていることが必要である。そのような前提を充たした上で、その決定の内容についても、客観的合理性を踏まえた主観的納得を得ることが重要である。取引型については、取引対価との対等性が求められるものの、その対等性とは、主観的納得を基軸とした客観的合理性を前提とするものであり、また、非取引型については、証拠提供者の自由な意思決定を前提とするものの、その自由とは、主観的納得に基づく客観的合理性を意味するものと考えられることができるように思われる。したがって、多少の虚偽情報に基づいたとしても、当該自己決定に決定的影響を及ぼしたものでない限り、なお許容する余地はあり得るし、抑圧にまで至らない軽度の圧迫に基づいて自己決定が行われたとしても、その程度の圧迫である限り、なお許容する余地があり得るように思われる。

### 第5 おわりに

本稿は、捜査における法益侵害と自己決定の在り方をめぐって、適法捜査の限界を検討しようとしたものであるが、当初の意図に反して必ずしも十分な検討には至らなかった。取り分け、最も重要と思われる捜査違法の本質について、適正手続との関係を含めて十分に整理しきれなかったことから、不完全な議論に終始せざるを得なかった。そのため、明快な帰結を導くには至らなかった。とはいえ、現段階における中間的な報告を暫定的に取りまとめおくことには、それなりの意味があると思われるので、若干の取りまとめを示した上で、本稿を閉じることにしたい。

第1に、任意捜査の限界は、単線的な単一的基準では判断が困難ではない

かということである。すなわち、任意捜査の適法性については、自己決定に働き掛けない捜査（法益侵害型）と自己決定に働き掛ける捜査（自己決定型）とに分けて、両者それぞれの特徴に相応しい要素に基づいて判断するのが有益ではないかということである。両者は、相互に錯綜しており、必ずしも明確に区分できないのではないかの疑問もある。しかし、法益侵害型については、その違法の本質はあくまで法益（ないし利益）の侵害であって、たとえ自己決定の阻害ないし侵害があったとしても、もともと自己決定に働き掛けないのであるから、その阻害ないし侵害は違法に影響しないのではないかと考えられ、したがって、狭義の法益侵害のみを検討すれば足りるのではないかと思われる。他方、自己決定型については、自由な意思決定が害されたか否かが決定的に重要であるから、その阻害ないし侵害を広義の法益侵害と評価し得たとしても、端的に意思決定の自由のみを検討すれば足り、これを敢えて法益侵害として評価する必要はないのではないかと思われる。結局のところ、任意捜査の限界について、捜査違法の本質に遡って検討すれば、当該捜査の必要性・緊急性と被侵害利益を考慮して社会通念上相当か否かという基準のみによって判断することには、なお疑問が残るように思われる。

第2に、任意捜査の限界は、法益侵害型の捜査に限ったとしても、法益の比較衡量アプローチだけでは不十分ではないかということである。すなわち、法益侵害型の捜査における許容限界は、侵害される被侵害法益と捜査利益との比較衡量によるとされており、捜査利益と対抗して衡量されるのは、証拠を提供する側の法益侵害の量ないし程度であるが、それ以外の要素、例えば、捜査機関の悪意あるいは潜脱意図のような主観的要素も、衡量要素として考慮可能ではないかということである。もっとも、このような要素は、いわば定性的要素であるから、定量的要素である法益侵害と併せて計量できるのか、できるとしても、果たして衡量要素として機能することが可能かについても疑問が残る。また、そもそも定量的要素とされる侵害利益についても、その全てが定量的とまでは言えないのではないか、したがって、もともと全ての

要素を定量的に計量して比較衡量することが可能であったのかについても疑問が残る。いずれにせよ、法益の比較衡量は、単なる定量的要素の単純比較というわけではなく、定性的要素を含んだ、その意味では価値的規範的な衡量であったように思われる。そのような規範的判断を、敢えて比較衡量と称するのであれば、それは、あくまで規範的な価値判断としての衡量判断であることを確認しておく必要があると思われる。

第3に、任意捜査の限界は、正しい自己決定の有無による場合があるのではないかということである。取り分け、自己決定型の捜査における許容限界は、客観的合理性を踏まえつつも、なお主観的納得を基軸として検討する必要があるように思われる。その際、取引型については、取引対価の等価性が求められるものの、その等価性とは、ある程度客観的ではあるが、その限度において、主観的納得が重要な要素として考慮される。また、非取引型については、自己決定の環境が整備される必要があるが、その際、多少の虚偽情報の提供や多少の圧迫については、ある程度許容される余地もあり得るところ、その限界は、一般的に言えば、証拠提供者の主観的納得を確保できる程度であると考えることができる。そのような限度と範囲内において自己決定がなされたのであれば、これに基づく証拠収集は適法な捜査と評価して良いのではないかと思われる。

他方、残された課題も少なくない。第1に、利益衡量について批判しながら、これを超える新たな限界を提示することができなかつた。本来であれば、新たな規範的限界基準を明確にするべきところであるが、そこまで至らなかつた。第2に、法益侵害型と自己決定型とに二分して検討したが、そもそも両者が截然と分離され得るものか否かについて、必ずしも明快な理論的根拠を示すことができなかった。この点も、なお検討を要する。第3に、自己決定に関して主観的納得という指標を提示したが、その具体的内容については、必ずしも十分に解明されたとは言えない。さらに明確にする必要があることは承知しているが、そこまで至らなかつた。

以上のように、本稿は、極めて未熟な覚書の域を出ない。それでも、本稿は、各種捜査を横断的に検討し、その中で共通点と異同点を見出し、そこからあり得る考え方を想定しながら検討を加えてみたものである。必ずしも明快な帰結を得るまでには至らなかったものの、一定程度の方向を示唆することはできたのではないかと思っている。このように未熟な段階で雑ばくな覚書を残すことには躊躇を覚えつつも、敢えて公表に踏み切ったのは、思考過程における疑問を率直に示すことによって、今後目指すべき方向を確認したいと考えたからである。その意味で、覚書として残すこととした次第である。

追記：本稿は、平成23年度科学研究費補助金（基盤研究C）に基づくものである。